



Roj: **SJCA 3142/2021 - ECLI:ES:JCA:2021:3142**

Id Cendoj: **08019450172021100002**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **05/11/2021**

Nº de Recurso: **362/2020**

Nº de Resolución: **335/2021**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **FEDERICO VIDAL GRASES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Barcelona**

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici I - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935548425

FAX: 935549796

EMAIL:contencios17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801945320208008121

### **Procedimiento abreviado 362/2020 -F1**

Materia: Cuestiones de personal (Proc. Abreviado)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4063000000036220

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Barcelona Concepto: 4063000000036220

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante: Indalecio

Procurador/a: Diego Sanchez Ferrer Abogado/a: Benet Salellas Vilar

Parte demandada/Ejecutado: DIPUTACIÓ DE BARCELONA

Procurador/a:

Abogado/a: Mariano Romero González-Rua

### **SENTENCIA N° 335/2021**

**Juez: Federico Vidal Grases**

Barcelona, 5 de noviembre de 2021

Vistos por D. Federico Vidal Grases, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona los presentes autos instados por el Procurador don Diego Sánchez Ferrer en nombre y representación de don Indalecio asistido por el Letrado don Benet Salellas Vilar contra la Diputación de Barcelona representado y defendido por el Letrado don. Mariano Romero González-Rua, se procede a dictar Sentencia en base a los siguientes;

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en el Juzgado Decano escrito de demanda de recurso contencioso-administrativo suscrito por la parte actora, en la que tras concretar la resolución objeto de recurso alegaba los hechos y



fundamentos de Derecho que estimaba aplicables al caso y solicitaba la estimación de aquella en los términos expuestos en su escrito.

**SEGUNDO.-** Por Decreto y tras subsanar los defectos apreciados, se procedió a reclamar el expediente administrativo.

**TERCERO.-** Como sea que la parte actora no solicitó vista ni prueba más allá de la documental; o bien que las partes aceptaron el requerimiento del Juzgado en el sentido de seguir el procedimiento por la vía del artículo 78.3, este procedimiento se ha tramitado sin vista ni prueba. En caso de haber presentado las partes alguna prueba documental, las mismas se entiende admitidas para mejor proveer, sin que ello cause indefensión alguna a la contraparte, que ha tenido opción de contestarla

**CUARTO.-** En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia debido a la situación de pandemia, que produjo un notable atraso en la resolución de procedimientos.

**QUINTO.- Objeto del procedimiento.**

El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la pretensión anulatoria ejercitada a nombre de don. Indalecio contra la resolución de 19 de junio de 2020, Decreto 5861 de la Directora de Servicios de Recursos Humanos, Hacienda y Servicios Internos del Área de Recursos Humanos de Hacienda y Servicios Internos de la Diputación de Barcelona, que desestima la petición efectuada por el actor solicitando su declaración de fijeza respecto a la última plaza ocupada o subsidiariamente su declaración de ser funcionario indefinido no fijo.

**SEXTO.- Pretensiones y alegaciones de las partes.**

La parte actora expone que existe una relación de interinidad de larga duración con la Diputación de Barcelona puesto que fue nombrado en 1 de marzo de 2011 y a partir de aquella fecha encadenó sucesivos contratos de interinidad hasta el 3 de junio de 2019 que fue nombrado técnico superior en los Servicios de Soporte a Programas Sociales de la Diputación de Barcelona plaza que ya ocupaba. Como fundamentos de derecho alega la situación y contexto de los interinos de larga duración en el Estado español y presenta una panorámica de la evolución de hechos y resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Directiva Comunitaria 1999/70/CE, así como también la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las diferencias de trato entre funcionarios y trabajadores temporales. Alega el mandato constitucional de protección a la estabilidad de los trabajadores según el artículo 35 de la Constitución. Se remite a continuación a los requisitos que deben concurrir para declarar la existencia de abuso en la contratación temporal según la sentencia TJUE de 19 de marzo de 2020 e indica que la Diputación de Barcelona no ha cumplido con la obligación de ejecutar la oferta de trabajo público en el plazo de tres años para dar cobertura definitiva a las plazas mediante el oportuno proceso selectivo optando por cubrirlas mediante personal temporal. Expone las soluciones existentes según la mencionada sentencia TJUE y estima que el único mecanismo para sancionar la práctica es la transformación en una relación fija y a estos efectos señala que el actor superó un proceso selectivo con respecto a los principios de igualdad mérito y capacidad y libre concurrencia; que la fijeza en la plaza se materializa con el reconocimiento del derecho a mantenerse en el puesto de trabajo que ocupa con los mismos derechos y misma sujeción al régimen de estabilidad y movilidad de un funcionario de carrera, sin adquirir su condición y cita jurisprudencia. Subsidiariamente que se adopte una solución efectiva y disuasiva que permita tanto sancionar a la administración como beneficiar a los trabajadores públicos. Por todo ello solicita que se estime la demanda, que se anule el acto administrativo recurrido y que se declare la fijeza del actor en su plaza o subsidiariamente que se adopte cualquier otra medida que permita sancionar de forma efectiva y disuasiva el abuso de temporalidad sufrido.

La administración demandada se opone a la pretensión del actor en primer lugar alega que la pretensión del suplico de la demanda debe ser inadmitida por implicar desviación procesal en relación con lo solicitado en vía administrativa ya que la administración no tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. A continuación reconoce que el actor empezó a prestar servicios en la Diputación de Barcelona 01/03/2011 como funcionario interino y la relación se mantuvo de forma ininterrumpida mediante diferentes nombramientos primero para ocupar un puesto de trabajo de técnico medio en políticas sociales y posteriormente de técnico superior y el 13/12/19 fue nombrado como funcionario interino hasta la cobertura de la plaza que ocupa actualmente en vigor. Expone que desde el año 2011 hasta la actualidad la Diputación ha llevado diversos planes de actuación en materia de ocupación y en la oferta pública del año 2009 se incluyeron dos plazas en las que podría haberse presentado el recurrente. Como fundamentos de derecho se refiere al marco normativo y jurisprudencial que resulta de la Directiva 1990/70/CE. Y niega la existencia de situación de abuso en los nombramientos del actor. El nombramiento del actor se fundamenta en el artículo 10.1 a) EBEP y tuvo por objeto cubrir transitoriamente un puesto de trabajo que debe ser ocupado definitivamente por personal funcionario de carrera. Manifiesta que



el actor superó el proceso selectivo para cubrir como interino un puesto de trabajo a través de la modalidad de concurso, valoración de méritos, conocimiento del catalán y presentación de una memoria, se trataba de un nombramiento inicial para seis meses, considerados como períodos de prueba y las bases no se impugnaron. Una vez superado el proceso selectivo, el actor formó parte de una bolsa de trabajo para cubrir mediante nombramientos interinos puestos de trabajo coincidentes con el de la convocatoria e indica a continuación los diferentes nombramientos que tuvo el actor. Se refiere a los límites presupuestarios de la coordinación de la planificación general de la actividad económica, refiriéndose a la crisis económica de 2008 que comportó efectos negativos en relación con la incorporación de personal, lo que comportó el incremento del personal interino, por lo que entiende que no existe actuación negligente de la diputación y que en la oferta pública del año 2009 se incluyeron dos plazas de técnico superior especialista en el ámbito de gestión de política social a las que el actor no se presentó, lo que le hubiera permitido consolidar una situación de funcionario de carrera en abril 2013. Expone que cuando el actor accedió al nombramiento de técnico superior la plaza de técnico medio especialista fue amortizada, por lo que no fue posible incluirla en la oferta pública del año 2020 y además no cumple con los criterios de antigüedad, sin embargo en el PAMO 2020 se identifican siete plazas de técnico superior especialista en la gestión de políticas sociales a las cuales se puede presentar. Añade que a pesar de todas las actuaciones de la Diputación la Mesa de Negociación acordó paralizar las ofertas de ocupación a la espera de conocer la sentencia TJUE para determinar los criterios generales que deberían de aplicarse en las ofertas públicas de estabilización del personal interino y hoy en día esta materia es objeto de negociación en la Mesa General de Negociación y cita jurisprudencia en el sentido de que si la Diputación no puede incumplir las tasas de reposición de efectivos marcadas por la legislación general ello es incompatible con una situación de abuso. A continuación, describe las actuaciones seguidas por la Diputación para solventar el problema de interinidad. Niega la existencia de discriminación en la situación del actor. El mantenimiento del actor en su situación actual de interinidad hasta la provisión definitiva de la plaza vacante es una medida adecuada contra una situación de abuso. La declaración de fijeza de la relación es contraria al ordenamiento jurídico e infringe la normativa legal jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional con cita de diversa jurisprudencia en relación con la solicitud de adoptar medidas alternativas entiende que esta prohibición está formulada en términos ambiguos y poco claros lo que implica indefensión y afecta a seguridad jurídica. Por todo ello solicita que se desestime la demanda

**SÉPTIMO.** - La cuantía es indeterminada.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.- Examen de la cuestión de inadmisibilidad** Entramos en el examen de la cuestión planteada, empezando por la solicitud de declaración de inadmisibilidad por desviación procesal en relación con la petición subsidiaria que fórmula la actora en tanto que solicita que se adopte alguna medida diferente a la declaración de fijeza que permita sancionar de forma efectiva y disuasoria el abuso de temporalidad.

En primer lugar, cabe indicar que la desviación procesal, según criterio de este Juzgado, no constituye causa de inadmisibilidad sino de desestimación. A pesar de ello se examina de forma prioritaria

Ciertamente se trata de una petición genérica . Sin embargo ,hay que tener en cuenta que la materia que nos encontramos se encuentra sometida a constantes vaivenes jurisprudenciales procedentes tanto del TJUE como del Tribunal Supremo que de forma constante matizan sus doctrinas anteriores y adoptan soluciones cambiantes a un mismo problema. Y esto es debido a que dada la complejidad de la materia y dada la sujeción de la misma al ordenamiento jurídico comunitario y al nacional al mismo tiempo, se crea un auténtico puzzle jurídico difícil de desentrañar y más todavía difícil de resolver. El Juzgado entiende que la solución la problemática que generan los funcionarios interinos, deberá ser resuelta no por el Poder Judicial sino por el Legislativo, (que ya ha dado pasos en este sentido como el RDL 14/21), y mientras tanto el Poder Judicial no podrá si no ir poniendo parches de forma más o menos estable.

Entendemos que no concurre la causa de inadmisibilidad alegada por la administración por cuanto la posibilidad de fijar alguna medida suficiente para dar una respuesta al caso aquí planteado, no es más que la plasmación de lo dispuesto en el artículo 31 LRJCA, en cuanto determina la posibilidad de pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las "medidas adecuadas" para el pleno restablecimiento de la misma. Estas medidas adecuadas no necesariamente tienen que quedar determinadas y menos cuando la materia viene marcada por el confucionismo judicial existente. A estos efectos es acertada la cita de la Sentencia TJUE de 19 de marzo de 2020 (posterior a la terminación de la vía administrativa) que hace un catálogo negativo de las diferentes medidas adoptadas por la jurisdicción española para resolver la cuestión.

Lo que viene a establecer dicha Sentencia es lo siguiente:



Que en España existe una situación en el sector público de contratación en fraude de ley masiva; **79** *Por otra parte, corrobora esta afirmación el hecho de que los juzgados remitentes señalaron la existencia de un problema estructural en el sector público de la sanidad española, que se traduce en un elevado porcentaje de empleados públicos temporales, quienes constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de dicho sector, así como en la inexistencia de límites máximos al número de relaciones de servicio de duración determinada sucesivas y en el incumplimiento de la obligación legal de proveer los puestos temporalmente cubiertos por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con una relación de servicio de duración indefinida.*

Que en España no existe una sanción equivalente y disuasoria que pueda compensar esta situación **82** *.A este respecto, los juzgados remitentes se refieren, en particular, a la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas de manera provisional por empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada, a la transformación de los empleados públicos a los que se haya nombrado de modo abusivo en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos» y a la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente.*

**92.** *A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que ninguna de las medidas nacionales mencionadas en el apartado 82 de la presente sentencia parece estar comprendida en alguna de las categorías de medidas contempladas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco, destinadas a prevenir la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.*

Que la convocatoria masiva de empleo público no remedia el problema individualmente planteado y no es una medida equivalente

**97.** *En estas circunstancias, una normativa nacional que prevé la organización de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. La antedicha normativa tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que, como han indicado los juzgados remitentes, su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador.*

**101.** *Por consiguiente, dado que la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Por tanto, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco ( véase, por analogía, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17 , EU:C:2018:936 , apartados 94 y 95).*

Que tampoco es equivalente y no vale como medida indemnizatoria ni disuasoria la declaración de indefinido no fijo, pues no viene más que a perpetuar una situación de temporalidad y no obstante, será el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo el que deba determinar el pronunciamiento según el caso concreto que se enjuicie.

**102.** *A continuación, por lo que respecta a la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos», basta con señalar que los propios juzgados remitentes consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco. En efecto, de los autos de remisión se desprende que esta transformación se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además, como han señalado los juzgados remitentes, a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en «indefinidos no fijos» no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo.*

La indemnización o compensación económica tampoco constituye un remedio válido:

**103.** *Por último, en cuanto a la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, procede recordar que, para constituir una «medida legal equivalente», en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, la concesión de una indemnización debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (véase,*



en ese sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartados 94 y 95).

**104.** De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en el apartado 86 de la presente sentencia, es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula.

**105.** *En estas circunstancias, en la medida en que el Derecho español permita conceder a los miembros del personal estatutario temporal víctimas de la utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso.*

Y finalmente que es el Juez nacional el que debe buscar remedio a la situación:

**90.** *Por tanto, en el caso de autos corresponde a los juzgados remitentes apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (véase, por analogía, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 90 y jurisprudencia cit (véase, por analogía, la sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 90 y jurisprudencia cit*

Si esto es así y así es porque lo dice el TJUE parece indiscutible que queda en manos del Juzgado de terminar la medida oportuna y en este sentido no hay nada que objetar a la petición subsidiaria de la parte actora.

Por otra parte, entendemos que para nada afecta a la prohibición de indefensión o al principio de seguridad jurídica puesto que la administración demandada ha podido alegar todo lo que ha estimado oportuno sobre el caso planteado y conoce perfectamente las distintas soluciones que marca para el caso la jurisprudencia europea o nacional

SEGUNDO.- Situación de hecho del señor Indalecio . Entrando en la situación de hecho planteada, según resulta de las alegaciones de las partes y expediente administrativo, resulta acreditado que el actor inicio su relación con la Diputación de Barcelona el 01/03/2011, tras superar un proceso selectivo, que comportaba un período de prueba de seis meses y tras superar dicho período de prueba formó parte de una bolsa de trabajo para cubrir mediante nombramientos interinos puestos de trabajo coincidentes con los de la convocatoria, es decir técnico medio en gestión de políticas sociales y así, tuvo un segundo nombramiento desde el 01/09/2011 hasta el 31/12/2011, un tercer nombramiento para el periodo 01/01/2012 hasta el 30/06/2012, un cuarto nombramiento desde el 01/01/2013 hasta el 02/06/2019, momento en el que cesó por cobertura definitiva de la plaza por lo que presentó su renuncia voluntaria y pasó a cubrir una plaza de técnico superior lo que le supuso una promoción profesional y mejora retributiva.

En esta nueva situación profesional (de técnico medio a técnico superior) tuvo un primer nombramiento que se inició el 03/06/19 hasta el 15/12/2019. Un segundo nombramiento desde el día 16/12/19 y hasta el momento de cobertura de la plaza, situación que todavía no se ha producido por lo que éste es su actual puesto de trabajo.

En total, seis nombramientos, con una duración temporal de éste el 01/03/2011 hasta el día de hoy, en total 10 años y siete meses.

También conviene hacer constar que en el año 2009 se produjo una oferta pública de empleo en la que se incluyeron dos plazas de técnico superior especialista en la gestión de políticas sociales, y que este concurso fue resuelto en abril del año 2013 Igualmente que se aprobó el PAMO 2020 el cual prevé la amortización de la plaza que actualmente ocupa el señor Indalecio , pero que en dicho instrumento existen siete plazas de técnico superior especialista en gestión de políticas sociales.

También que, según indica la administración demandada en estos momentos se está negociando en la Mesa General de Negociación la política a seguir en relación con la estabilización del personal interino

### **TERCERO.-Marco legal aplicable**

En el orden europeo, 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 (en adelante Acuerdo Marco) sobre el trabajo de duración determinada, y en especial, las obligaciones en ella

*Clausula 4: 1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. 2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de prorata temporis 3. Las*

disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales. 4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5)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:2. a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; en el pasado con el mismo empresario

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.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán «sucesivos»;

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

El marco legal nacional en el que se mueve la cuestión planteada es el artículo 10 EBEP:

1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales con carácter temporal 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, por un máximo de tres años, en los términos previstos en el apartado 4.b) La sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario.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 nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.

Y sigue con su artículo 70:

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.

#### **CUARTO.- Evolución jurisprudencial**

El origen de toda esta compleja situación se encuentra en la STJUE 14-09-2016, C-596/14 , De Diego Porras I. Dicha sentencia -dictada al hilo de la extinción de un contrato de interinidad por sustitución-, concluyó que existía «una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados».

A continuación, nos encontramos con los ATS 25-10-2017 (Rec. 3970/2016 ) la respuesta de la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017 ), De Diego Porras II, y su aplicación en STS (Pleno) 207/2019, 13-03-2019 (Rec. 3970/2016 )

La respuesta dada por el TJUE en el asunto De Diego Porras I provocó dudas sobre si la indemnización a que abocaba la conclusión de dicha sentencia debía ser la de 20 días prevista en el artículo 53.1 b) ET o la de 12 días del art. 49.1 c), de ahí que por Auto del Tribunal Supremo de 25/10/17, se plantearan tres cuestiones prejudiciales al TJUE que pivotaban, todas ellas, sobre la cuestión de si existía discriminación en la normativa española cuando no preveía indemnización a la terminación de contratos temporales. La respuesta dada por la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), asunto De Diego Porras II, resulta contraria de la anterior, ya que niega que pueda ser contraria a la Directiva una norma que permite que a la extinción regular del contrato de trabajo y



no se prevea la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas. Al hilo de dicha solución, la Sentencia Tribunal Supremo de 13/03/19, número 207/19 termina concluyendo que no cabe indemnizar a la válida terminación de un contrato de interinidad por sustitución, ni con la indemnización de 12 días prevista en el art. 49.1 c) ni con la de 20 días de los artículos 51 y 52 ET

A continuación nos encontramos con la STJUE de 05/06/18 C- 677/16 asunto Montero Mateos, que concluyó que *«no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto como el contrato de interinidad de que se trata el litigio principal, al vencer el término por el que esos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva»*. Dicha conclusión es acorde con la que posteriormente se adoptaría en la STJUE 21-11-2018 (C-691/2017), asunto De Diego Porras II, y se reitera en otra sentencia de la misma fecha STJUE 05/06/18 C- 574/16. Estas sentencias provocaron una línea jurisprudencial en el Tribunal Supremo que indicaba que no procedía indemnizar ni con la indemnización prevista en el art. 53.1 b) -20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades-, ni con la prevista en el artículo 49.1.c ET- 12 días de salario por año de servicio- a la válida terminación del contrato de interinidad por vacante: SSTS 442/2021, 27-04-2021 (Rec. 2534/2019), 443/2021, 27-04-2021 (Rec. 2819/2019), 537/2021, 18-05-2021 (Rec. 5004/2018) y STS 573/2021, 26-05-2021 (Rec. 1679/2019)

La problemática da un salto adelante con Las SSTJUE 22-01-2020 C-1771/18, Baldomero Martín y 19-03-2020 C-103/18 y C-429/18), Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez a producirse la afirmación de que: *«incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha dado lugar a recalificarlo como contrato fijo»*, La STJUE 19-03-2020 C-103/19 y C-429/19, asuntos Sánchez Ruíz y Fernández Álvarez, que va más allá, y señala que no es posible la renovación sucesiva de nombramientos temporales que acaban encubriendo necesidades permanentes, de forma que si bien la Directiva 1999/70 no obliga a transformar los contratos en indefinidos, sí que deben adoptarse medidas para evitar que ello ocurra, y señala, como una de ellas, la percepción de una indemnización equivalente a la del despido improcedente o la transformación del contrato en indefinido no fijo.

Esta doctrina es clara, y establece que cuando las necesidades son permanentes, lo que se pone de manifiesto cuando el contrato se prolonga en el tiempo, deben establecerse medidas disuasorias tales como la fijación de una indemnización o la conversión del contrato en indefinido no fijo.

Frente a esta doctrina del TJUE el Tribunal Supremo respondió con la STS (Pleno) 24-04-2019 (Rec. 1001/2017) indicando:

- 1) Que «el plazo de 3 años no puede operar de modo automático» para convertir un contrato de interinidad por vacante en un contrato indefinido no fijo;
- 2) Que el plazo de 3 años del art. 70 EBEP, no es una garantía inamovible, siendo las circunstancias específicas del caso las que determinarán si la contratación mediante contrato de interinidad por vacante es abusiva o no, en atención a si se ha desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad por fraude, abuso u otras ilegalidades;
- 3) Que lo realmente determinante de una conducta fraudulenta es no sólo que la duración sea «inusualmente» larga, sino que la duración del contrato sea «injustificada» por carecer de soporte legal;
- 4) Que dicha conclusión es acorde con la doctrina y jurisprudencia comunitaria

Dicha jurisprudencia se consolidó en las SSTS 18-05-2021 (Rec. 536/2019), 553/2021, 18-05-2021 (Rec. 3189/2019), 485/2021, 01-06-2021 (Rec. 3049/2018), 535/2021, 18-05-2021 (Rec. 4496/2018), 551/2021, 18-05-2021 (Rec. 2996/2019)], e incluso se matizó, para justificar que la paralización de las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo público durante los años de crisis económica a partir del RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, suponían una justificación objetiva y razonable que impedía que la superación del plazo de 3 años en la convocatoria de los procesos selectivos a que refería el art. 70 EBEP, lo que impedía la conversión del contrato en indefinido no fijo [de entre las más recientes: SSTS 446/2021, 27-04-2021 (Rec. 3699/2019), 447/2021, 27-04-2021 (Rec. 21/2020), 452/2021, 28-04-2021 (Rec. 1810/2019), 455/2021, 28-04-2021 (Rec. 3010/2019), 545/2021, 18-05-2021 (Rec. 1627/2019), 549/2021, 18-05-2021 (Rec. 2670/2019)] Esta línea jurisprudencial se afirma en la STS 536/19 de 04/07/19, donde se dice: *«el art. 70 del EBEP impone obligaciones a las administraciones públicas, pero no establece que la superación del plazo de tres años suponga la novación de los contratos»*, y añade una justificación ya abordada anteriormente, ya que insiste en que la paralización de las ofertas de empleo por la grave crisis económica que sufrió España, y que prohibieron la incorporación de



personal nuevo aunque fuese temporal, supone una justificación para la superación del plazo de 3 años fijado en el art. 70 EBEP para la convocatoria de los procesos de consolidación de empleo.

Mientras tanto llega el Auto dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2020 ( Asunto C-135-20, caso JS contra la Cámara Municipal de Gondomar) en el que el propio Tribunal, contesta a la pregunta formulada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Portugal sobre si tenía obligación de transformar en fijos a los funcionarios interinos portugueses en razón de que la legislación portuguesa no establecía ninguna medida sancionadora que garantizase el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE ( al igual que la normativa española), contestando que sí ,que está obligado a hacerlos fijos mientras la legislación portuguesa no establezca otra medida sancionadora distinta, sin que pueda aplicarse la normativa nacional portuguesa que prohíbe adquirir la condición de fijos a quienes no reúnen determinados requisitos.

Así, el referido Auto, dispone que:

*"23 Cuando se produce un abuso de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es necesario aplicar una medida que presente garantías efectivas de protección del trabajador con el fin de sancionar debidamente este abuso y eliminar las consecuencias de la violación del derecho de la Unión. En efecto, en virtud de los propios términos del artículo 2, primer párrafo de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben adoptar « todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [la presente] Directiva ( sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler e.a., C-212/04 , apartado 102, así como de 19 de marzo de 2020 , Sánchez Ruiz., C-103/18 et C- 429/18 , punto 88 y jurisprudencia citada)."*

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

*25 En consecuencia, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente constatase que no existe, en la legislación nacional controvertida en el litigio, ninguna medida efectiva destinada a evitar y sancionar los abusos que pudiesen observarse en relación con los empleados del sector público, esta situación sería tal que socavaría al objetivo y efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo Marco (véase, en este sentido, sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler., C-212/04 , apartados 103 y 104, así como, por analogía, sentencia de 25 de octubre 2018, Sciotto, C-331/17 , apartado 66).*

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

Como sea que algunos órganos judiciales no estimaron correcta la interpretación del Tribunal Supremo, nos encontramos a continuación con que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por Auto de 23-09-2019, planteó nueva cuestión prejudicial ante el TJUE en que, en esencia, cuestiona la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, y solicita una respuesta sobre la interpretación dada y con ello llegamos a la última y actual STJUE 03/06/21 C- 726/19 asunto IMDRAA

Dicha sentencia realiza los siguientes pronunciamientos:

1.- Que en el supuesto en que no exista una sucesión de contratos strictu sensu, sino un primer contrato que se prorroga automáticamente «el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esta plaza vacante, de modo que, por consiguiente, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente durante varios años»;

2.- Que como ya se determinó en la STJUE 19-03-2020 C-103/19 y C-429/19, asuntos Sánchez Ruíz y Fernández Álvarez, «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»;

3.- Que una «normativa nacional que permite la renovación de contratos de duración determinada para cubrir temporalmente una plaza (...) a la espera del resultado de los procesos de selección de un titular no es, en sí



*misma, contraria al Acuerdo Marco», ahora bien, debe comprobarse que «la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales»;*

4.- *Que una previsión como la contemplada en el art. 70 EBEP, y «que prevé la organización de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada (...) pero que no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada».*

Sobre la ausencia de indemnización por extinción de contratos de interinidad por vacante, la Sentencia es concluyente cuando dice: *«una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por una parte, prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a trabajadores indefinidos no fijos como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores y, por otra parte, no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público no parece (...) atenderse a las exigencias que se derivan de la jurisprudencia [del TJUE]».*

Y sobre la conversión automática del contrato en indefinido no fijo, dice: *«la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los "trabajadores indefinidos no fijos" podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo e duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco».*

De estas afirmaciones se colige que cuando se supera el plazo de tres años del artículo 70 EBEP, sin convocatoria de plazas, el contrato debería devenir como indefinido no fijo lo cual es acorde con la STJUE 19-03-2020 C-103/19 y C-429/19, asuntos Sánchez Ruíz y Fernández Álvarez, que obligó a adoptar medidas para evitar los abusos en la contratación temporal en el ámbito de las Administraciones Públicas, y con la normativa de la UE, en especial, lo establecido en el acuerdo Marco.

Dicha sentencia se pronuncia igualmente sobre la excusa empleada por el Tribunal Supremo en el sentido de que las crisis económicas impidieron la renovación del personal y la realización de convocatorias según el artículo 70 EBEP, y sobre este particular dice:

**90.** *En el caso de autos, el IMIDRA sostiene que el retraso en la organización de los procedimientos de selección se explica por el cumplimiento de obligaciones legales derivadas, en particular, de las leyes de presupuestos adoptadas a raíz de la crisis económica de 2008, las cuales establecían restricciones presupuestarias y, en este contexto, prohibían, entre los años 2009 y 2017, ejecutar ofertas de empleo público. Así, a su entender, en el litigio principal, no puede reprocharse a la Administración abuso alguno por lo que respecta a la utilización de los contratos de interinidad.*

**91.** *A este respecto, es necesario recordar que, según reiterada jurisprudencia, aunque las consideraciones presupuestarias pueden fundamentar elecciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que pretende adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo de esa política y, por tanto, no pueden justificar la falta de cualquier medida preventiva contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco ( sentencia de 25 de octubre de 2018, Sciotto, C-331/17 , EU:C:2018:859 , apartado 55 y jurisprudencia citada).*

**92.** *De ello se desprende que, si bien consideraciones puramente económicas pueden justificar la adopción de leyes de presupuestos que prohíban la organización de procesos selectivos en el sector público, dichas leyes no pueden restringir ni incluso anular la protección de que gozan los trabajadores con contrato de duración determinada de conformidad con la Directiva 1999/70 y, en particular, los requisitos mínimos previstos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco.*

**93.** *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.*

Por último, procede citar la STJUE 11-02-2021 C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou, en que deja que claro que el Acuerdo Marco tiene como objetivo *«imponer límites a la utilización sucesiva de contratos»*, de forma que *«un contrato que es el primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en el ámbito de aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco».*



Toda esta recopilación de legislación y jurisprudencia expresada hasta ahora, y muy esencialmente la STJUE 03/06/21 C- 726/19 asunto IMDRAA,, constituye un cuerpo doctrinal que difícilmente sufrirá variaciones esenciales, (a pesar de que existan hoy en día cinco recursos de casación en trámite) y no parece imaginable que el Tribunal Supremo vuelva a matizar la doctrina emanada de esta última sentencia. En efecto, la Sentencia Tribunal Supremo 649/2021, 28-06-2021 (Rec. 3263/2019), rectifica su sentencia anterior y se adapta a la de Tribunal Europeo, si bien y dicho sea con todos los respetos, a regañadientes:

*«en ninguno de los párrafos transcritos, esta Sala reconoce su propia doctrina. Bien sea por la errónea comprensión de nuestra jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE».*

Pero en definitiva lo que hace el Tribunal Supremo es adaptar su doctrina a la del TJUE:

En relación con la naturaleza del contrato de interinidad por vacante señala que: *«se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza que, en el caso de las Administraciones Públicas, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos».* Sobre la duración excesivamente larga y las expectativas del trabajador y la pérdida de valor del único contrato *«esta visión, que pudiera considerarse técnica correcta y amparada por la jurisprudencia europea (...) no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo Marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia». ... la «duración excesivamente larga del contrato» y «el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato»*, son circunstancias que *«obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor»* Sobre las crisis económicas y su influencia en la falta de convocatorias:

*«la Sala nunca ha afirmado que las consecuencias de aquella crisis podían justificar la extensión de la contratación», sino que «quedada justificada aquella detención de convocatorias» en atención a las medidas sobre estabilidad presupuestaria» -Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, RDL 20/2011, de 30 de diciembre y Leyes de Presupuestos-*

*...«el gasto no se incrementa porque ya existía puesto»...«no se trataban de plazas de nueva creación sino de plazas que ya estaban cubiertas interinamente y que provocaban el mismo gasto que si hubieran estado cubiertas de forma definitiva».*

La conclusión que se alcanza es clara y se resume en estos aspectos:

- 1.- Cuando el empleado público desempeña «de forma constante y continuada las mismas funciones» con varios contratos de interinidad por vacante o «uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo», dicha contratación es fraudulenta y el contrato deviene en indefinido no fijo;
- 2.- Dicha transformación es posible cuando «el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza»;
- 3.- Se entiende que la duración es «injustificadamente larga», cuando los procesos duren «más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad», plazo razonable puesto que es el fijado en el art. 15.1 a) ET para los contratos por obra o servicio determinado, en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, para los contratos temporales de fomento al empleo de personas con discapacidad, y es «el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP A lo que debe añadirse que según el Auto de 30 de septiembre de 2020 ( Asunto C-135-20, caso JS contra la Cámara Municipal de Gondomar) es que, si la legislación de un Estado miembro, como es España, no ha fijado una medida sancionadora para acabar con la precarización de los trabajadores del sector público, procede la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, sin que pueda invocarse por las autoridades nacionales la normativa interna que sólo en el sector público prohíbe esta conversión, ya que para que opere una prohibición de este tipo, es necesario que la legislación nacional prevea en este sector público- y la legislación española no la prevé- otra medida efectiva para sancionar la utilización abusiva de contratos temporales.

#### **QUINTO.- Naturaleza abusiva del contrato de autos**

El núcleo del debate consiste en primer lugar en determinar si el contrato de autos es abusivo, y en el caso de que así fuera la medida sancionadora, disuasoria o reparadora que debemos aplicar al caso.

La TSJUE de 19 de marzo de 2020 ( Asuntos C-103/18 y C-429/2018), en sus apartados 71 y 75 deja claro que los abusos contrarios a la Directiva 1999/70/CE se producen cuando se destina a empleados públicos temporales a atender necesidades que, de hecho no son provisionales, esporádicas, puntuales, excepcionales o coyunturales, sino que son ordinarias, estables y permanentes, cubriendo el empleador con personal



temporal sus necesidades estructurales en materia de personal, al no disponer de suficientes funcionarios fijos o de carrera.

Como se ha visto en el FdD 2º existen en total seis nombramientos, con una duración temporal de éste el 01/03/2011 hasta el día de hoy, en total 10 años y siete meses. Estos nombramientos son sucesivos por seis meses. Desde su primer nombramiento el 01/03/11 que su plaza quedó cubierta y ello motivó su renuncia, realizaba funciones de técnico medio de gestión de políticas sociales. A partir del 02/06/19 pasó cubrir una plaza de técnico superior en la misma materia, es decir técnico superior de gestión de políticas sociales. Obsérvese que el cese es el 02/06/19 y el nuevo nombramiento como técnico superior es del día siguiente el 03/06/19, es decir hay una evidente continuidad. Y en esta nueva plaza se siguen produciendo nombramientos por el mismo plazo de seis meses. en total 10 años y siete meses (hasta el día de hoy) en virtud de contratos sucesivos.

A la vista de las conclusiones a las que hemos llegado en el FdD 4º, la única conclusión razonable a la que se puede llegar es que, efectivamente, el contrato es abusivo:

El trabajador realiza las mismas funciones de forma constante y continuada, cubiertos temporalmente por sucesivos contratos de interinidad

Esta situación es debida al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo

La duración de la interinidad del actor es injustificadamente larga.

El puesto de trabajo que ocupa el actor es de carácter estructural, es decir atiende a cubrir necesidades ordinarias estables y permanentes.

A todos estos hechos hay que añadir que para ocupar su plaza el señor Indalecio accedió a su puesto de trabajo a través de la modalidad de concurso, valoración de méritos, conocimiento del catalán y presentación de una memoria, y que se trataba de un nombramiento inicial para seis meses, considerados como períodos de prueba. Es evidente que superó tal periodo de prueba, lo que resulta evidente a la vista de la duración del contrato y hasta incluso su ascenso a la categoría profesional superior

#### **SEXTO.- Alegaciones de la administración.**

Estas conclusiones no se desvirtúan por las alegaciones de la administración demandada. En efecto, ya ha quedado suficientemente claro en lo dicho anteriormente que las crisis económicas o restricciones presupuestarias no son excusa suficiente para la aplicación de la Directiva 1999/70/CE (apartados 90 a 93 TJUE 03/06/21)

Tampoco constituye una excusa válida el hecho que en la oferta pública del año 2009 se incluyeran dos plazas de técnico superior especialista en el ámbito de gestión de política social y el actor no se presentase a dicha convocatoria. Una convocatoria de dos plazas en más de 10 años es manifiestamente desproporcional con la obligación que establece el artículo 70 EBEP y el criterio de la Directiva 1999/70/CE. Además, cuando se convocó dicho concurso el señor Indalecio no prestaba servicios para la administración ni se le había efectuado nombramiento alguno, con lo cual no podría consolidar ninguna plaza.

Por lo demás, las actividades realizadas por la Diputación para resolver el problema y la existencia de negociaciones actuales con los sindicatos para resolver el problema, no son óbice para que el actor reclame su derecho.

En relación con las alegaciones de la administración referidas a la necesidad del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 103.3 CE -acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad- debemos tener en cuenta de que no cabe duda de que el señor Indalecio accedió a la función pública de acuerdo con tales principios puesto que superó un proceso selectivo y un periodo de prueba. Obviamente no fue el mismo proceso selectivo que para el personal funcionario, sino uno distinto.

Este problema puede resolverse contraponiendo el principio del artículo 103.3, con el principio de igualdad de trato que se configura como un valor constitucional en el artículo 1 y en ese sentido prevalece, sin duda alguna el valor constitucional de igualdad de trato y prohibición de discriminación, como valor constitucional superior a los requisitos establecidos en el artículo 103.3.

La Directiva 1990/70CE tiene por finalidad mejorar la calidad de trabajo de duración determinada y garantizar el principio de igualdad y en consecuencia la no discriminación de los trabajadores sometidos a contratos de duración determinada, por ello la Directiva concibe el derecho a la estabilidad en el empleo como un componente básico en la protección de los trabajadores. La STJUE de 14 de septiembre de 2016 ( Asunto C 16-15) dice:



*"no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones incluidas en la actividad normal del personal público fijo", añadiendo que " la renovación de los contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5 apartado 1 letra a) del Acuerdo Marco, en la medida en que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo Marco".*

La preferencia del principio de igualdad ha sido afirmada por la Sentencia Sala de lo social del TSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2019, en recurso 2079/2019, y como antecedente la de 28 de junio de 2018, en recurso 1102/2018.

*Y llegados a este punto, la pretensión de la demandante, que es la única parte que impugna el fallo de la sentencia ha de ser acogida, así frente a la sentencia de instancia que declara a la actora en la condición de personal laboral indefinida no fija con una antigüedad del 1 de diciembre de 2016, postula la declaración de fijeza. Y dicha cuestión que es lo que constituye el objeto de debate, ha de resolverse de conformidad con el criterio sentado por esta sala en STJ Galicia de fecha de 29 de junio de 2018 (RSU 1.102/18) que en un caso extrapolable al que ahora nos ocupa consideró que "si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indemnización equivalente a fijeza y el motivo de que se aplique esta doctrina al sector público y si la figura del indefinido no fijo, es porque ello supondría que accederían a puestos fijos personas que no han superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando si ha existido un 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 hubiese 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 ser fijos", criterio reiterado por esta sala en STJ Galicia de 30-4-19 (RSU 4.813-18).*

Obligar al recurrente a someterse a un nuevo proceso selectivo o de estabilización para adquirir la condición de funcionario fijo de carrera para ocupar el mismo puestos de trabajo que viene desempeñando durante tantos años,- cuando, como hemos dicho, ya superará un proceso de selección-, ni sería una sanción para la Administración, ni tutelaría los derechos e intereses del trabajador, por las razones anteriormente expuestas.

Y por último, cabe tratar las alegaciones de la administración demandada en relación con la aplicación del derecho nacional. Es obvio que existe un conflicto entre el derecho nacional y el derecho europeo (Directiva 1999/70/CE versus art 70 EBEP y art 103 CE)

Este conflicto encuentra cumplida respuesta en los principios de eficacia directa y supremacía del Derecho Comunitario, acuñados por consolidada jurisprudencia del TJUE.

Fue en la Sentencia TJUE de 5 de febrero de 1963, dictada en el Asunto 26/62 Van Gend & Loos en la que por primera vez se hizo referencia al principio de eficacia directa de las normas de Derecho de la Unión, en el sentido de entender que las mismas, deben desplegar plenitud de efectos en todos los Estados Miembros desde la fecha de su entrada en vigor y durante toda su vigencia, pudiendo ser directamente invocadas ante las autoridades administrativas y judiciales de cada uno de los Estados Miembros, quienes deben salvaguardar los derechos y obligaciones derivados de éstas.

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

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



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

En primer lugar, que el efecto directo y la primacía del Derecho Comunitario implican, tanto la obligación del legislador de adoptar todas las disposiciones necesarias para que surta pleno efecto el Derecho Comunitario, como la del juez nacional de inaplicar aquellas normas internas que resulten incompatibles con el mismo, como señala la Sentencia TJUE de 22 de junio de 1989, Asunto C-11/91.

En segundo lugar, que el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno se impone incluso cuando la contradicción se verifica con normas constitucionales internas, prevaleciendo la disposición comunitaria sobre la disposición constitucional - así se indica en la Sentencia TJUE de 23 de febrero de 2013 Asunto C-399/211.

En tercer lugar, que las Sentencias dictadas por el TJUE en respuesta a un reenvío prejudicial, tienen carácter vinculante al tener autoridad de cosa interpretada como instrumento procesal idóneo para alcanzar una aplicación uniforme de dicho ordenamiento en todos los Estados Miembros- Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2016.

Finalmente que es competencia de las autoridades administrativas o judiciales nacionales la de aplicar directamente el Derecho de la Unión, no estando vinculadas por los pronunciamientos de órganos jurisdiccionales superiores - ni siquiera del Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional-, cuando se trata de aplicar el mismo, ya que únicamente están vinculados por las Sentencias del TJUE de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, como se indica en la Sentencia TJUE de 15 de enero de 2013 Asunto C-415/10.

Por lo tanto, podemos concluir que es procedente resolver la cuestión controvertida aplicando de manera inmediata el contenido de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo temporal, dejando incluso, si procediere, inaplicada cualesquiera disposición nacional que se opusiera a la misma, siendo función de los juzgados y tribunales nacionales, la de garantizar la plena efectividad de la Directiva y la de alcanzar en este caso concreto, una solución conforme con el objetivo perseguido por la misma, en cumplimiento de la doctrina sentada al efecto por el TJUE ( sentencia de 4 de julio de 2006, y más recientemente, en la sentencia de 19 de marzo de 2020, Asuntos C-103/2018 y C-429/2018).

#### **SÉPTIMO.- Medida pertinente**

En el FdD 1º hemos realizado un exhaustivo examen de del catálogo negativo de medidas que establece la STJUE de 19 de marzo de 2020 y que no repetimos por ser innecesario.

Hacemos nuestro el excelente criterio que resulta de la Sentencia de 24 de Marzo 2021 del Juzgado Contencioso Administrativo 4 de Alicante, y que dice:

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

*Mediante el establecimiento de esta solución, no se trata de crear una nueva forma de acceso a la función pública, puesto que esta tarea compete al legislador, que es quien deberá adecuar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias que vengán impuestas por la normativa supranacional / comunitaria para evitar, en adelante, el abuso de la temporalidad. La función que se atribuye a los Tribunales Nacionales, es la de sancionar a la Administración por las concretas situaciones de abuso en la que puedan encontrarse determinados funcionarios interinos, ejerciendo la competencia expresamente atribuida al efecto por el TJUE, que es el que ha habilitado a los jueces nacionales para que, constatada la existencia del abuso, puedan reconocer a tales funcionarios iterinos la fijeza, pese a que el ordenamiento jurídico interno no lo prevea.*

En aplicación de este criterio, procede estimar la demanda y transformar la relación laboral abusiva por temporal, reconociendo, como situación jurídica individualizada el derecho del recurrente 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.

**OCTAVO.-** No procede imposición de costas por tratarse de un asunto complejo y en materia en la que existe jurisprudencia contradictoria

Por lo expuesto,

## FALLO

**ESTIMO** el recurso presentado por don Indalecio contra la resolución de 19 de junio de 2020, Decreto 5861 de la Directora de Servicios de Recursos Humanos, Hacienda y Servicios Internos del Área de Recursos Humanos de Hacienda y Servicios Internos de la Diputación de Barcelona, que desestima la petición efectuada por el actor solicitando su declaración de fijeza respecto a la última plaza ocupada o subsidiariamente su declaración de ser funcionario indefinido no fijo. **ANULO** la resolución impugnada en todas sus partes.

**DECLARO:** Que se transforma la relación laboral abusiva por temporal, del señor Indalecio reconociendo, como situación jurídica individualizada el derecho del recurrente 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.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de apelación en el plazo de los 15 días siguientes al de su notificación

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. El Juez

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de [sejudicial.gencat.cat](mailto:sejudicial.gencat.cat)

Comunico a las partes que este juzgado número 17 del contencioso administrativo sigue el PROTOCOLO del SG del TSJC que establece los criterios homogéneos para la integración del expediente electrónico de 10/02/20 y funciona de forma totalmente digital, tanto respecto al expediente electrónico como a las comunicaciones. Por la cual cosa, se pide a las partes que se abstengan de presentar ninguna documentación en formato papel así como a la administración demandada respecto al expediente administrativo, y utilicen los canales de Ejcat, Lexnet, Noticat y otras plataformas oficiales al efecto y, solo en su defecto, el correu-e del juzgado [contencios17.barcelona@xij.gencat.cat](mailto:contencios17.barcelona@xij.gencat.cat).

*También los requiero para que se abstengan de cualquier acto presencial que no sea por citación previa de esta oficina mediante el correo electrónico [contencios17.barcelona@xij.gencat.cat](mailto:contencios17.barcelona@xij.gencat.cat) o el teléfono del juzgado.*

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.