

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de Madrid
C/ Gran Vía, 19 , Planta 3 - 28013
45042670

NIG: 28.079.00.3-2017/0000840

Procedimiento Abreviado 125/2017

Demandante/s: Dña. [REDACTED]

Dña. [REDACTED]

Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D. JOSE MARIA RUIZ DE LA CUESTA VACAS

Demandado/s: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

AUTO

En Madrid, a ocho de junio de dos mil dieciocho.

Vistas por Doña Ana Monreal Díaz, Juez sustituto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid, las presentes actuaciones PA 125/2017 seguidas a instancia de Doña [REDACTED], Doña [REDACTED], Doña [REDACTED] y [REDACTED] representadas por el Procurador de los Tribunales Don José María de la Cuesta Vacas y defendido por el Letrado Don Francisco Javier Arauz de Robles Dávila contra la Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de la Salud), dicta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR:

Como cuestión previa, y a los efectos procedentes, poner en conocimiento V.E. que se han planteado por esta Juzgadora cuestiones prejudiciales, una en fecha 30 de enero de 2018, Procedimiento Abreviado 193/2017 seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Madrid, y otra de fecha 13 de febrero de 2018, PA 205/2017 seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de Madrid y que algunas de las dudas enunciadas en los referidos autos se mantienen en este procedimiento, no reproduciéndolas para no ser reiterativos, pero siendo consciente que su respuesta también determinará e influirá en el presente recurso contencioso.

I.-OBJETO DEL LITIGIO

En los presentes autos, PA 125/2017, intervienen como partes demandantes Doña [REDACTED], Doña [REDACTED], Doña [REDACTED] y [REDACTED] todas ellas personal estatutario temporal del Servicio Madrileño de la Salud, en la categoría de Facultativos Especialistas Odontólogos y como parte demandada la Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud).

Presentan escrito con fecha 22 de julio de 2016 ante el Servicio Madrileño de la Salud, en donde en esencia denuncia un régimen jurídico incompatible con 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, y solicita que se dé cumplimiento y se le aplique la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo Marco; en consecuencia se declaren contrarios a esta Directiva y se supriman todas las discriminaciones existentes con respecto al personal estatutario fijo; que se les reconozca la condición de empleado público fijo o subsidiariamente como personal estatutario equiparable a los fijos a servicio de la Administración de Sanidad bajo los principios de permanencia e inamovilidad. En este escrito se solicita que se plantee cuestión prejudicial ante el TJUE.

Con fecha 26 de agosto de 2016 por el Viceconsejero de Sanidad dicta resolución que inadmite el escrito presentado, resolución que es confirmada por la Consejería de Sanidad y Viceconsejería de Sanidad, resolución de fecha 23 de noviembre de 2016, que desestima el recurso de reposición interpuesto.

Se procede, en el curso de este litigio, a dar un específico trámite de audiencia a las partes en relación con la necesidad o 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.

II.- BREVE RELATO DE HECHOS

No son cuestionados, ni controvertidos los siguientes extremos:

- a) Doña [REDACTED], lleva prestando servicios como Odontóloga desde el 18 de agosto de 1993, hasta la actualidad, a través de 175 nombramientos, el último de ellos de 12 de septiembre de 2007. Desde el 18 de agosto de 1993 hasta el mes de noviembre de 2000, a través de distintas sustituciones; a partir de esa fecha y, a través de distintos nombramientos, presta servicios como única Odontóloga en el Centro de Salud [REDACTED] de [REDACTED], del 2000 al 18 de abril de 2006, como interina; después, tras diversos nombramientos por sustitución y eventual; y desde el 12 de septiembre de 2007 nuevamente como interina hasta la actualidad.

En consecuencia, lleva **17 años** consecutivos en el mismo puesto de trabajo y Centro de Salud, en distintos regímenes de temporalidad (sustitución, eventual e interinidad).

- b) [REDACTED], presta sus servicios como Odontóloga estatutaria temporal del SERMAS desde el 21 de noviembre de 2000. Desde el 1 de enero de 2007 hasta la actualidad, desarrollando siempre su trabajo en el Centro de Salud de [REDACTED], inicialmente como eventual, hasta el 24 de junio de 2016 en que es nombrada interina.

En consecuencia, lleva **17 años** consecutivos de contratos temporales, compartiendo el trabajo en su Centro de Salud con otra Odontóloga temporal. No existiendo en el Centro ninguna Odontóloga estatutaria fija, atendiendo ambas facultativas las necesidades del Servicio de Odontología del referido Centro de Salud. Los últimos 11 años se llevan a cabo de forma consecutiva en el Centro de Salud de [REDACTED].

- c) Doña [REDACTED], presta servicios como Odontóloga estatutaria desde el 12 de noviembre de 2003. A través de diversas sustituciones hasta el 2 de marzo de 2007, en que es nombrada estatutaria temporal; A partir del 2 de noviembre de 2007, se la nombra Odontóloga estatutaria interina en el Centro de Salud de [REDACTED], en el que presta servicios hasta la actualidad. No existiendo en el Centro de Salud referido ninguna Odontóloga estatutaria fija, siendo el servicio en ese Centro atendido por dos Odontólogas estatuarias temporales.

En consecuencia, lleva **14 años** consecutivos de sucesivos contratos temporales, de los cuales los 10 años últimos son en el mismo Centro de Salud de las Olivas.

- d) Doña [REDACTED], es contratada por el SERMAS el 10 de noviembre de 2005, realizando distintas sustituciones, en total hasta 77; el 14 de diciembre de 2009 es nombrada como eventual, hasta que el 16 de junio de 2016 en que es nombrada interina, continuando desempeñando sus funciones en el Centro de Salud [REDACTED] de [REDACTED].

En consecuencia, lleva **12 años** consecutivos de sucesivos contratos temporales, los últimos 8 años presta servicios en el mismo Centro de Salud [REDACTED] de [REDACTED] de [REDACTED], a través de 82 nombramientos.

- e) [REDACTED], lleva prestando servicios como Odontóloga desde el año 2003, a través de 227 nombramientos: desde el mes de noviembre de 2013 hasta la actualidad, presta servicios continuados en el Centro de

Salud [REDACTED] [REDACTED] como personal eventual temporal. Es nombrada interina el 16 de junio de 2016, continuando desarrollado sus servicios en el mismo Centro.

En consecuencia, lleva más de **14 años** consecutivos de sucesivos contratos temporales. De ellos los últimos 5 años presta sus servicios de forma continuada en el Centro de Salud de [REDACTED] [REDACTED].

Durante todo este periodo de tiempo referido, Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], [REDACTED], Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] desempeñaron sus funciones, de forma constante y continuada, desempeñando idénticas funciones que el personal estatutario fijo, actuación que se desarrolla de forma permanente.

- El 12 de junio de 2015, la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS convoca pruebas selectivas por el turno libre para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Odontólogo de Atención Primaria, las recurrentes no recurrieron la convocatoria. Única convocatoria de proceso selectivo en su especialidad que se produce desde el año 2000. Sin perjuicio de ello, continúan en la actualidad desempeñando sus funciones en el mismo puesto de trabajo.

- Las recurrentes no recurrieron los distintos nombramientos, ni los sucesivos ceses.

En otro orden de cosas se debe precisar que:

El índice de temporalidad en la categoría profesional de las recurrentes oscila en un **38,77%**, en concreto **48 Odontólogos estatutarios fijos y 73 odontólogos estatutarios temporales**.

- En el Centro de Salud de [REDACTED] [REDACTED] y en el Centro de [REDACTED], el porcentaje de temporalidad es del **100%**, solamente existen en los mismos Odontólogos estatutarios temporales.

- En el Centro del [REDACTED] [REDACTED] y en el de [REDACTED] [REDACTED], el porcentaje de temporalidad es del **50%**, existe una Odontóloga estatutaria temporal y otra fija.

- El porcentaje y volumen de temporalidad en el colectivo de odontólogos especialistas temporales se acredita en personal con antigüedad de **27, 25, 23, 21, 19, 17, 16 (...)** años.

- Las oposiciones convocadas entre los años 2000 y 2016 son tres: promoción interna, pruebas selectivas por turno libre y por turno de discapacidad, todas ellas realizadas en el año 2015; en lo que se refiere a las recurrentes, una sola convocatoria en 15 años.

- La Administración empleadora no incluye en la Oferta Pública de Empleo del año del nombramiento o del año siguiente, las plazas servidas por las recurrentes para ser cubiertas por Odontólogos especialistas estatutarios fijos, incumpliendo la normativa de aplicación. Ni procede a la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar en el plazo improrrogable de tres años que le exige la norma nacional.

III.- DERECHO NACIONAL

1.- APLICABLE AL OBJETO DE DEBATE

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

Artículo 8. Personal estatutario fijo.

Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

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. (...)

Artículo 33. Selección de personal temporal.

1. La selección del personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes.

En todo caso, el personal estatutario temporal deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 30.5 de esta ley.

(...)

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.

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. Sistemas 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.

(...)2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

3. Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

(...)6. Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

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.- NORMATIVA NO APLICABLE AL OBJETO DE DEBATE.

A) En nuestro Derecho Nacional interno, la trasposición de la Directiva 1999/70/CE se ha producido a través del Art. 15 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, recientemente sustituida por el nuevo Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre, que se refiere únicamente a los TRABAJADORES EN RÉGIMEN LABORAL, estableciendo:

3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

(...)

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos.

(...)

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

(...)

La Disposición adicional decimoquinta Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas:

1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de

trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

2. **No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.**

El artículo 15 y esta disposición adicional, excluye de forma expresa su aplicación a los contratos de interinidad sujetos al Derecho Administrativo, dentro del Sector Público, como es el caso de las recurrentes, exclusión expresa que se realiza en la redacción del precepto dada por el **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre**.

B) El artículo 15.6 del ET establece: *«Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. (...)*»

El régimen indemnizatorio de la extinción del contrato de trabajo se establece en atención a cada tipo de causa de extinción del mismo:

a) Para la extinción de los contratos temporales por razón de la finalización de la temporalidad que los justificaba: Art. 49.1 c) ET (12 días al año);

b) Para la extinción de los contratos por causas objetivas (Art. 52 ET), 20 días de salario por año trabajado, con máximo 12 mensualidades (Art. 53 ET).

c) Para la extinción de todos los contratos de trabajo por despido improcedente: Art. 56 ET; es de 45 días de indemnización por año trabajado, hasta el 11 de febrero de 2012 y de 33 días por año, a partir del 12 de febrero. Fecha en la que se aprobó la Reforma Laboral.

La Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012 de 6 de Julio que aprobó la Reforma Laboral, establece: *“La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.”*

3.- RESOLUCIONES JUDICIALES

- Sobre el mismo colectivo, médicos especialistas Odontólogos, se dicta Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Madrid nº 32, (Sentencia Nº 216/2017, de 29 de septiembre, PA 182/2017) que desestima la demanda, sosteniendo que la Convocatoria de un proceso selectivo en el año 2015, es medida equivalente para sancionar el abuso de una relación temporal sucesiva.

- Se requiere por los Tribunales, que el trabajador temporal recurra cada uno de sus ceses o nombramiento, requisito que es seguido por los Tribunales en 1ª instancia, así en la reciente Sentencia del

Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 11 de Madrid, de fecha 10 de octubre de 2017, siendo el recurrente médico Odontólogo (estatutario temporal interino) recaída en el Procedimiento 187/2017, criterio que se confirma en la última instancia, así entre otras en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de octubre de 2016; apelación 82/2016, 7 de abril de 2016; apelación 952/2015, 27 de mayo de 2015; apelación 919/2014, 24 de octubre de 2014; apelación 383/2014, negando las pretensiones de las partes de aplicación de la Directiva 1999/70/CE por el hecho de que no impugnó sus sucesivos nombramientos y/o ceses, como empleado estatutario temporal .

• Es de destacar la Sentencia Nº 161/2017, Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ourense, Sección 1, rec. 94/2017 de 29 de Septiembre de 2017 que dice:

“(…) En este punto, ha de precisarse con carácter preliminar que es fundamental distinguir la situación de los trabajadores al servicio de empresarios o entidades privadas no dependientes de Administraciones públicas, de los empleados en el sector público. A los primeros la contratación temporal abusiva o fraudulenta sólo les causa perjuicio. La conversión de su contrato en indefinido constituye una sanción o estímulo idóneo para que el empresario cese en esa práctica irregular compensándose al mismo tiempo de manera equitativa al trabajador afectado.

Sin embargo, cuando se trata de trabajadores temporales al servicio de Administraciones o entidades dependientes de éstas la perspectiva cambia de una manera radical porque, como regla general, reciben un beneficio con la prolongación irregular de su vínculo temporal. La obtención de un puesto de trabajo fijo en el sector público o de funcionario de carrera requiere en todo caso de la previa superación de un procedimiento selectivo conforme a los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público- RD Leg. 5/2015, de 30 de octubre-). Con la prolongación irregular de su contrato temporal el trabajador consigue permanecer en la Administración sin haber superado esas pruebas, vulnerando los referidos principios constitucionales y perjudicando a los que legítimamente aspiran a acceder a esos puestos con carácter definitivo en concurrencia competitiva. En esta provincia de Ourense se ha convertido en práctica habitual, sobre todo en las Administraciones locales, la prolongación artificiosa y premeditada de contrataciones temporales para transformarlas en indefinidas de facto sin que se haya superado la preceptiva oposición. Supuestos en los que el trabajador es un 'beneficiario' más que una 'víctima' de la contratación irregular (varios alcaldes y concejales se hallan procesados ante la jurisdicción penal por esta causa). La sanción al empresario (AAPP) debería consistir en una obligación de hacer (convocar y resolver urgentemente el procedimiento selectivo de concurrencia competitiva), en una multa o incluso en una imputación penal. Pero no en la mera conversión del contrato en indefinido, ni en el pago de una indemnización al trabajador, que por lo general habrá obtenido un beneficio con la prolongación irregular de su empleo en la Administración sin tener que superar una oposición, con el correlativo perjuicio al interés público y al de los terceros que legítimamente aspiran a ese mismo puesto.”

4.- OTROS

También, se debe de tener en cuenta la investigación abierta 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 8422/16EMPL.

IV.- 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;

(2) Los interlocutores sociales, de conformidad con el apartado 2 del artículo 139 del Tratado, pueden pedir conjuntamente la aplicación de los acuerdos a nivel comunitario mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión;

(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. [...]»

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 4 enuncia el principio de no discriminación y establece lo siguiente: «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.»

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;”*

3. Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 23: *“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.”*

4. Carta Social Europea. PARTE I: *“Las Partes Contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes: 2. Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas.”*

5. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Artículos 20 y 21, derecho a la igualdad y no discriminación por cualquier causa y Artículo 31.- Condiciones de trabajo justo y equitativo.

El artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

V.-ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Las recurrentes llevan prestando servicios continuados como personal estatutario eventual/sustituto e interino durante: **Doña XXXX XXXXXX XXXXX más de 17 años (175 nombramientos); XXXX más de 14 años; XXX 7 años; Doña XXXX XXXXXXXX más de 14 años y Doña XXXXXX XXXXXXXX más de 12 años (82 nombramientos)**, sostienen que su situación estatutaria temporal es contraria a la Directiva Comunitaria 1999/70/CE y al Acuerdo Marco, argumentando que siendo las situaciones comparables y no existiendo razones objetivas que las justifiquen, se les discrimina en las condiciones de trabajo y derechos laborales básicos, por el mero hecho de la naturaleza temporal del empleo, en relación con la protección social, la promoción profesional, provisión de vacantes y en relación con el cese en el puesto de trabajo que tienen asignados, quedando además excluidas de forma radical y absoluta de los concursos, de los procedimientos para la provisión de vacantes, de los ascensos y de la promoción profesional, en los que solamente pueden participar el personal estatutario fijo.

Además, sostienen que la Administración española abusa de su contratación temporal, destinándolos a satisfacer necesidades de carácter permanente y estructural, sin que existan razones objetivas que justifiquen o expliquen este abuso, y sin que existan disposiciones protectoras mínimas que eviten la precarización en el empleo, en cuanto que la administración española no establece una duración máxima de los contratos de duración determinada de empleo, ni el número máximo de las renovaciones permitidas, ni medidas equivalentes efectivas para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva y fraudulenta de estos contratos y nombramientos temporales sucesivos.

Con la obligada consecuencia en su pretensión de declaración de empleado público fijo o equiparable a fijo.

No se trata de desmerecer los principios de mérito y capacidad que rigen la selección del personal que presta sus servicios en el Sector Público, sino que es una consecuencia de que se haya abusado de la contratación temporal con el fin de evitar ese abuso y sancionarlo en el caso de que se produzca para así cumplir los objetivos de la Directiva Comunitaria.

2. En fecha 3 de noviembre de 2016 el Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid inadmite el escrito presentado, entendiendo que el recurrente no se dirige contra ninguna disposición, acto, actividad, inactividad o vía de hecho.

Sin perjuicio de ello, sostiene que no se ha vulnerado la Directiva 1999/70/CE, partiendo que la jurisprudencia española no admite la conversión en funcionario de carrera a personal estatutario fijo, negando que existan irregularidades en los “nombramientos” negando que existan contratos, a lo sumo, si se entiende que existe fraude de ley se produciría la conversión del eventual o sustituto, en un interino hasta que se produzca la amortización o cobertura de la plaza de acuerdo con la calificación del Supremo de calificarlos como “indefinidos no fijos”. Que se debió haber recurrido los ceses y/o nombramientos, o en su caso la convocatoria de su plaza. Estar justificados los sucesivos nombramientos, al existir razón objetiva y ser el de sanidad un Sector Público, cubriendo necesidades temporales y urgentes. Para obtener la condición de personal estatutario fijo es necesario superar un proceso selectivo, proceso de mayor exigencia de los requisitos de mérito y, que hace dudoso que el personal estatutario temporal (interino, eventual y/o sustituto) sin superar este proceso, pueda ser equiparable a estatutario fijo.

La Comunidad de Madrid se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE, argumentando que las cuestiones que plantean los demandantes han sido ya resueltas internamente por el Tribunal Supremo y por la Audiencia Nacional.

Considera, que ya habiendo resuelto el TJUE, no es procedente volver a plantear la cuestión prejudicial. Extendiéndose finalmente para sostener que no se vulnera la Directiva 1999/70/CE porque no es una condición de trabajo el derecho a la carrera profesional de los funcionarios de carrera, que debe limitarse a éstos y no a los funcionarios interinos, que de entender que la carrera profesional es una condición de trabajo, concurriría una justificación objetiva y razonable del distinto trato al ser distinta la forma de acceso de los interinos respecto de los funcionarios de carrera; y que la pretensión de los actores supone una discriminación pero de los funcionarios de carrera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION PREJUDICIAL Y DETERMINACION 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”.

Sobre el Derecho Nacional y en el Sector Público sometido al Derecho Administrativo se dictan las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de septiembre de 2016 asuntos Acumulados C-184/15,197/15 y C-16/15.

Esta Juzgadora, entiende que en el presente caso procede plantear nueva cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, existiendo doctrina jurisprudencial y resoluciones judiciales de distintos ámbitos de naturaleza contradictoria, no existiendo un acto claro sobre la interpretación que debe darse a la Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco, sobre el trabajo de duración determinada en relación a la concreta realidad objeto de recurso.

Máximo ejemplo de la distinta interpretación que se da a la Directiva, la encontramos incluso dentro de una misma Sentencia, así en la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 2 de mayo de 2017, Sala de lo Social, en ella los Magistrados que forman la Sala (por mayoría), estiman la demanda (la recurrente, empleada pública temporal encadenó un total de 268 contratos temporales "formalmente" legales). El TSJ asevera que, en el caso analizado, el Hospital Clínico de Barcelona no emplea la contratación interina para sustituciones en casos de difícil previsión, como bajas por enfermedad, sino que se trata de supuestos "*perfectamente previsibles e integrados dentro de la dinámica ordinaria de la gestión hospitalaria como las vacaciones y los permisos*", reprocha al centro que emplee "*una política anómala de contratación [...] más cercana a una bolsa permanente de trabajo que a la contratación temporal con tal de cubrir necesidades puntuales y específicas*".

Y esta misma Sentencia, consta del voto particular de dos Magistrados en el que se dice: *el hecho de que un empresario se vea obligado a efectuar sustituciones temporales de manera recurrente o, incluso, permanente [...] no implica la inexistencia de una razón objetiva*". El texto sostiene que en el caso "*concurren razones objetivas para la contratación laboral mediante contratos temporales sucesivos*" y que no existe fraude de ley en el encadenamiento de las interinidades. Finalmente, concluye que a pesar del "*exagerado*" número de contratos, existe causa que los justifique y de ello depende su licitud.

Tribunal de última instancia, que no plantea cuestión prejudicial ante el TJUE.

La necesidad del planeamiento de la cuestión prejudicial se ve también reforzada en cuanto la Directiva, cuya incompatibilidad con la normativa nacional se cuestiona, **es el único fundamento jurídico de la demanda presentada**, y de lo relatado esta Juzgadora evidencia que en el Sector Público, sometido al Derecho Administrativo, no se ha traspuesto la Directiva referida y por tanto en este sector no se alcanza el objetivo comunitario perseguido.

Todo ello 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".

La necesidad de plantear la cuestión prejudicial se hace todavía más evidente, si como sucede en el presente procedimiento este juzgador no encuentra norma nacional capaz de alcanzar el objetivo que pretende la Directiva, y la aplicación de la que existe, hace que el resultado sea incompatible con el objetivo marcado por la Directiva Comunitaria.

Los preceptos concretos, sobre los que se pretende obtener respuesta a cuál es la correcta interpretación son: las Clausulas 4º y 5º de la Directiva 1999/70/CE, y artículo 2, así como del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales.

SEGUNDO.- CONSIDERACIONES GENERALES

Único.- Partiendo que el objetivo de la Directiva es poner en práctica el Acuerdo Marco que se celebró el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general. Y que en el Acuerdo Marco se establecen los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, mediante la creación de un marco general para garantizar la igualdad de trato de los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación (...). En particular, establece la obligación de que los Estados miembros garanticen que los trabajadores con contrato de duración determinada,

no puedan ser tratados de una manera menos favorable que los trabajadores fijos comparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada.

Y que de que la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas, con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados.

Y, por último, para apreciar si las personas de que se trata, ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo Marco anexo a la Directiva, el TJUE ha dictaminado que debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de éste, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable.

En el presente recurso, es incuestionable la identidad de funciones entre el personal estatutario eventual /interino/sustituto y el personal estatutario fijo.

Así como que, ya no existe discusión sobre la aplicación de la Directiva y consecución de sus objetivos en el Sector Público, a los trabajadores temporales (eventual/ interino/sustituto).

Y por último, tampoco existe duda, y es extremo que queda acreditado, la existencia de sucesivos contratos temporales, de distinta naturaleza.

TERCERO.- CUESTIONES PREJUDICIALES QUE SE PLANTEAN

1º.- Versará sobre EL ALCANCE DEL TÉRMINO DE ABUSO, EXISTENCIA DE CAUSA OBJETIVA Y EL CONCEPTO DE NECESIDAD PERMANENTE:

Por el TJUE se señala:

- 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.
- 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.**
- 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.**

Las dudas que esta Juzgadora se plantea, versarán sobre el contenido de las Sentencias recientes dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15,197/15 Y C-16/15). En el asunto C-16/15, que dice:

44 *A este respecto, cabe recordar que la sustitución temporal de un trabajador para atender necesidades de personal de duración limitada por parte del empleador puede constituir, en principio, una «razón objetiva» en el sentido de la cláusula 5, punto 1, letra a), de ese Acuerdo Marco (...).*

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 (...).*

Duda esta Juzgadora, sobre **EL ALCANCE DEL TÉRMINO DE ABUSO, EXISTENCIA DE CAUSA OBJETIVA Y EL CONCEPTO DE NECESIDAD PERMANENTE.**

Entendiendo que, desde hace tiempo se produjo una desnaturalización de esta modalidad de contratación temporal. Los abusos son frecuentes y particularmente graves, (téngase en cuenta la realidad constatada en el Sector Público que se relata en la carta de emplazamiento –infracción 2014/4224, abierta por la Comisión Europea contra el Reino de España y expediente abierto EU-Pilot 8422/16EMPL) **y el personal temporal pasa a desempeñar de modo permanente y estable, necesidades permanentes** (se recuerda que en este proceso, la propia Administración nos dice que no hay, ni abusos, ni sucesión de contratos, **ya que se está en una situación estable**).

La causa de la contratación se cumple, **pero se incumple que estos servicios sean temporales, extraordinarios, esporádicos o coyunturales, siendo la verdadera causa para la que fueron contratos de forma temporal.**

Se cubren mediante contratación temporal de distinta índole (sustitución, eventual y/o interino) **necesidades del personal estable, ordinarias, duraderas y permanentes, se cubre mediante la contratación temporal, un déficit estructural** de Odontólogos estatutarios fijos, **convirtiendo en permanente la contratación temporal** y ello contrariando la Cláusula 5º del Acuerdo Marco, en cuanto esta tiene por objeto evitar la precarización de los trabajadores.

Nos hallamos ante supuestos "perfectamente previsibles" e integrados dentro de la dinámica ordinaria de la gestión hospitalaria, como las vacantes, maternidades, vacaciones, permisos (...) que salvo la enfermedad carecen de la nota de imprevisible.

Sobre estas conclusiones, la primera cuestión a plantear es:

PRIMERA.- ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y entender que en la contratación temporal de las recurrentes, existe abuso en cuanto el empleador público utiliza distintas formas de contratación, todas ellas temporales, para el desempeño de forma permanente y estable, de funciones ordinarias propias de los empleados estatutarios fijos; cubrir defectos estructurales y necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable. Es por ello que esta contratación temporal descrita, no está justificada en el sentido de la Cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, como causa objetiva, en la medida en la que tal utilización de contratos de duración determinada se opone directamente al párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo, no dándose las circunstancias que justificarían estos contratos de trabajo de duración determinada?

2ª.- La segunda cuestión es DETERMINAR, SI EXISTE EN EL DERECHO NACIONAL, SANCIÓN O LÍMITES PARA EVITAR EL ABUSO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y DE EXISTIR, SI ESTOS SON EFECTIVOS Y PROPORCIONALES; Y DE NO EXISTIR, CUALES DEBEN DE SER LAS CONSECUENCIAS.

Se hace desde el conocimiento de que el Derecho de la Unión, no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. Y 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.**

Aunque, a falta de normativa de la Unión Europea 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).**

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 a los trabajadores, efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.**

Se plantea la siguiente cuestión, en la necesidad de que, por el TJUE, tal como tiene declarado, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su apreciación.

Y sobre la propia Sentencia dictada de fecha 7 de marzo de 2018, Asunto C.494/16 del TJUE, en el sentido que en el Derecho Nacional español no existe previsión de sanción al abuso que en la presente demanda se denuncia, encontrándonos en el supuesto de las Conclusiones que el Abogado General de la Unión Europea, presenta el 26 de octubre de 2017, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-494/16, en las que el Abogado General de la UE manifiesta ,que (i) si se produce tal utilización abusiva, deben poder aplicarse medidas que permitan sancionar tales abusos (apartado 26); (ii) que la Directiva 1999/70 impone la transformación de la relación temporal sucesiva en una relación fija o indefinida, si la normativa interna no contiene medida efectiva para evitar y sancionar el uso abusivo por un empleador del Sector Público de la relación temporal sucesiva (apartado 28); (iii) que la transformación en un solo contrato por tiempo indefinido permitiría sancionar dicho abuso y borrar sus consecuencias de manera duradera, independientemente del momento en que se produjo (apartado 62); (iv) y que la sanción ante el abuso tiene que tener un efecto realmente disuasorio, respetando el principio general de proporcionalidad, de modo que en

ningún caso cabe considerar una sanción simbólica como constitutiva de una aplicación correcta y eficaz del Acuerdo Marco (apartado 63 y 73),

En este marco, esta Juzgadora llega, una vez comprobadas y estudiadas las disposiciones de la Norma Nacional controvertida en el litigio principal a concluir:

- El empleador público cumple con los límites y la causa del nombramiento, pero desnaturaliza la condición del trabajador eventual/interino/sustituto, utilizando esta fórmula para satisfacer necesidades permanentes, cubriendo defectos estructurales y manteniéndose esta situación en el tiempo de manera injustificada. No existe, en la norma nacional, límites máximos en estos nombramientos. Con ello, se concluye que no son límites eficaces. No se cumple por tanto la Cláusula 5 apartado b)
- Los límites normativos contenidos para evitar la prolongación de la temporalidad, que en un principio pudiera entenderse como límites que evitarían el abuso (artículo 10.4 y 70 del EBEP) no se cumplen. No es por tanto efectivo.
- Se excluye normativamente, toda posibilidad que los límites, y las consecuencias de su incumplimiento exigibles al empleador privado, o predicables a la contratación en el Sector Público en el ámbito laboral, sean aplicables a este sector público sometido al Derecho Administrativo.
- La Disposición Transitoria cuarta del EBEP, es el único precepto que pudiera articular una vía para el cumplimiento de los objetivos de la Directiva, se configura como facultad que depende de la voluntad del empleador público (infractor), postura avalada por el TJUE, que tal como tiene declarado no existe obligación de la Administración de efectuar convocatorias de Consolidación de Empleo.
- 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.

- Tampoco su conversión en la figura consagrada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de indefinido no fijo, que declara como sanción al fraude la conversión del trabajador como indefinido no fijo, en cuanto permite la amortización de la plaza, o su cese cuando esta fuera ocupada por un funcionario de carrera, con lo que el trabajador vería extinguida su relación sin la consecución de la estabilidad que es el objetivo esencial del Acuerdo Marco. Se cambia temporalidad por “más temporalidad”.

Y ello a pesar que en Sentencia de veintiocho de mayo de dos mil quince el TS, constata el extremo anteriormente referido y declara 3. Por último, recordemos que el ordenamiento jurídico español ha de dar respuesta 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, mediante el establecimiento de medidas efectivas para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo Marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada; y tales medidas han de incluir al Sector Público, sin que sea suficiente con la conversión de los contratos temporales en contratos indefinidos no fijos, pues, como ha declarado el ATJUE de 11 de diciembre de 2014 en el asunto León Medialdea (C-86/14), tal denominación no excluye su inclusión en el ámbito de la Directiva.

Pero la Comunidad de Madrid, al aplicar esta conversión la hace entendiendo, que en cualquier momento el convertido “indefinido no fijo” puede ser cesado, ya sea porque se cubra su puesto en proceso selectivo o sea amortizada la plaza. Con lo que esta Juzgadora, llega a la misma conclusión que el Juez del

Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, pero dentro del ámbito de la contratación sometida Derecho Administrativo, considera que la conversión de la relación de duración determinada en una relación indefinida no fija, no es una sanción eficaz conforme con el Acuerdo Marco, para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada. Auto del TJUE (Sala octava) de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C 86/14.

• **Mención aparte merece, la consideración sobre que la normativa y jurisprudencia aplicable, impiden que salvo mediante superación del proceso selectivo, se adquiriera la condición de personal estatutario fijo. Así como que, la convocatoria convencional de un proceso selectivo de acceso a la condición de personal estatutario fijo, suponga una medida equivalente de sancionar el abuso previamente cometido en la contratación de personal.**

Tras el abuso, y para lograr los objetivos que marca la Directiva Comunitaria de estabilidad en el empleo, se requiere que el trabajador, en este caso concreto, que desempeñó el trabajo con demostrado mérito y capacidad, durante 17,14 y 12 años, acceda a la misma mediante el proceso de oposición u oposición-concurso. Se considera que ello no supone cumplir el objetivo de la Directiva Comunitaria, no siendo eficaz, ni proporcional. No garantiza la plena eficacia del Acuerdo Marco.

Se entiende que la posibilidad de participar en un proceso selectivo no es medida equivalente para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva, tal como ya se declara en Sentencia de 26 de noviembre de 2014. Asunto C22/13, C61/13 a C63/13 y C418/13, caso Raffaell Mascolo por el TJUE, apartados:

116 *De ello resulta que, según se desprende de las resoluciones de remisión y de las observaciones del Gobierno italiano, la única posibilidad para un trabajador que haya realizado sustituciones en virtud del artículo 4 de la ley nº 124/1999 en una escuela de titularidad estatal de obtener la transformación de sus sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato o una relación de trabajo por tiempo indefinido reside en la titularización a través de la progresión en la lista de aptitud.*

117 *Sin embargo, dado que tal posibilidad es aleatoria, según resulta de los apartados 105 a 107 de la presente Sentencia, no puede tener la consideración de sanción con un carácter lo suficientemente efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas para la aplicación del Acuerdo Marco.*

118 *Aunque sea cierto que, al aplicar la cláusula 5, punto 1, del Acuerdo Marco, un Estado miembro tiene la facultad de tomar en consideración las necesidades de un sector específico como el de la enseñanza, según se ha señalado en los apartados 70 y 95 de la presente Sentencia, esta facultad no puede entenderse como una dispensa de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.*

Y apartados:

106 *En efecto, por una parte, según se desprende de la propia redacción de la primera cuestión prejudicial en el asunto C 418/13, consta que la normativa nacional controvertida en los litigios principales no fija ningún plazo concreto en lo referente a la organización de los procesos selectivos, que está en función de las posibilidades financieras del Estado y de la apreciación discrecional de la Administración. Así, según las propias declaraciones de la Corte Costituzionale en la resolución de remisión en este mismo asunto, entre los años 2000 y 2011 no se organizó ningún proceso selectivo.*

108 *De ello resulta que una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, aunque limite formalmente la utilización de contratos de trabajo de duración determinada a la realización de sustituciones anuales para plazas vacantes en las escuelas de titularidad estatal únicamente por un periodo de tiempo determinado hasta la conclusión de los procesos selectivos, no garantiza que la aplicación concreta de esta razón objetiva, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad de que se trata y los requisitos para su ejercicio, sea conforme con las exigencias del Acuerdo Marco.*

109 *En efecto, a falta de una fecha concreta para la organización y la conclusión de los procesos selectivos que pongan fin a la sustitución y, por lo tanto, de un límite real en cuanto al número de sustituciones*

anuales efectuado por un mismo trabajador para cubrir la misma plaza vacante, tal normativa, en infracción de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo Marco, permite la renovación de contratos de trabajo de duración determinada para atender necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, en razón del déficit estructural de puestos de personal titular en el Estado miembro afectado. Tal constatación resulta corroborada no sólo por la situación de los demandantes en los litigios principales, según se ha descrito en los apartados 23 y 37 de la presente Sentencia, sino también, de modo más general, por los datos facilitados al Tribunal de Justicia durante los presentes procedimientos. Así pues, resulta que, dependiendo de los años y de las fuentes de información, aproximadamente un 30 %, o incluso un 61 %, según el Tribunale di Napoli, del personal administrativo y de servicios de las escuelas de titularidad estatal se contrata a través de contratos de trabajo de duración determinada y que, entre 2006 y 2011, el personal docente de estas escuelas vinculado por tales contratos representaba entre el 13 % y el 18 % de todo el personal docente de dichas escuelas.

110 A este respecto, es necesario recordar que, aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no pueden justificar un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, punto 1, del Acuerdo Marco (véase, por analogía, la Sentencia Thiele Meneses, C220/12, EU:C:2013:683, apartado 43 y jurisprudencia citada).

Esta Juzgadora concluye que:

□ La convocatoria de un proceso selectivo, en el presente supuesto incumple el artículo 10 del EBEP punto 4, que dice: 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. Así como el artículo 70 del EBEP en cuanto dice: **En todo caso, la ejecución de la Oferta de Empleo Público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.** Por tanto no puede entenderse que la convocatoria de un proceso selectivo, de libre concurrencia, incumpliendo por la Administración convocante todo plazo en su convocatoria; que hubiera sido efectiva, en el sentido de redundar en beneficio de los sujetos víctimas de abuso, pero **no puede configurarse como medida equivalente**, ante la ausencia de mecanismos de sanciones efectivas y disuasorias, que rijan durante los 17, 14 y 12 años de concatenación sucesiva de contratos temporales, carentes de justificación objetiva, para cubrir necesidades permanente y defectos estructurales.

□ **No es proporcionada**, ya que con ello se produce el cese de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, sin existir consecuencia para el infractor de las irregularidades cometidas. Se produce la consecuencia que advierte la Sentencia del TJUE (asunto Asotiatia Accept) según la cual la gravedad de las sanciones en lo que respecta a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que se castigan, garantizando, en particular, un efecto verdaderamente disuasorio, respetando el principio general de proporcionalidad.

□ **No es medida efectiva** para alcanzar el objetivo fijado por la Directiva, **ni es medida disuasoria**. No existe consecuencia negativa para el infractor, que le disuada de seguir actuando de forma irregular en sus contrataciones, es más, por esta vía consigue un abaratamiento en la contratación, ya que evita el pago de trienios y carrera profesional, entre otras retribuciones, que no ha de satisfacer a los nuevos trabajadores, no puede entenderse como medida equivalente a una sanción. 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”

La convocatoria que por la Comunidad de Madrid quiere que se entienda como medida efectiva, es el cumplimiento, tras 15 años de atraso de la normativa, que le exige incorporar las plazas vacantes en Oferta Pública de Empleo y convocar un proceso general para el acceso a estas plazas, utilizando además como sistema de selección, el que con carácter general establece la norma para el futuro personal estatutario fijo, a través del sistema de concurso-oposición, obviando que el personal temporal objeto de abuso está y estuvo

integrado dentro de la propia Administración, con demostrada capacidad, aptitud, competencia y conocimientos.

Por todo ello se concluye que, en el ámbito del Sector Público, sujeto al Derecho Administrativo: NO EXISTE NINGUNA MEDIDA EFECTIVA PARA EVITAR Y, EN SU CASO, SANCIONAR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE SUCESIVOS NOMBRAMIENTOS DE DURACIÓN DETERMINADA.

Nos encontramos, con el supuesto que se dio en 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.

Y Ante el supuesto contemplado 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.*

En el Derecho Español, no existe medida apropiada para prevenir, ni sancionar el abuso. Existe una prohibición normativa, jurisprudencial y del propio Tribunal Constitucional (STC 111/2014 de 26 de junio y Sentencia 11/03/2004, Cuestión 1296/1997), sólo se puede acceder a la función pública por medio de un proceso selectivo, no existiendo por tanto posibilidad de cumplir con los objetivos de la Directiva Comunitaria e imposibilidad de dar estabilidad al trabajador temporal en el Sector Público, sometido al Derecho Administrativo, una vez que se constata el abuso.

En este punto las cuestiones prejudiciales que se plantean son las siguientes:

SEGUNDA.- ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y en su aplicación entender que la convocatoria de un proceso selectivo convencional, con las características descritas no es medida equivalente, ni puede ser considerada como sanción, en cuanto no es proporcional al abuso cometido, cuya consecuencia es el cese del trabajador temporal, con incumplimiento de los objetivos de la Directiva y perpetuándose la situación desfavorable de los empleados estatutarios temporales. Ni puede ser considerada como medida efectiva en cuanto al empleador no le genera perjuicio alguno, ni cumple función alguna disuasoria, y por ello no se adecua al artículo 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado Español los resultados fijados en la Directiva?

TERCERA.- ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, del artículo 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70 y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de septiembre de 2016 asunto C-16/15, al en su aplicación entender que, no es medida sancionadora adecuada para sancionar el abuso en la temporalidad sucesiva, la convocatoria de un proceso selectivo de libre concurrencia, al no existir en la normativa española mecanismo de sanción efectivo y disuasorio que ponga fin al abuso en el nombramiento del personal estatuario temporal, y no permite proveer estos puestos estructurales creados con el personal que fue objeto de abuso, de modo que la situación de precariedad de estos trabajadores perdura?

CUARTA.- ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, que la conversión del trabajador temporal objeto de abuso en “indefinido no fijo” no es sanción eficaz en cuanto el trabajador así calificado puede ser cesado, ya sea porque se cubra su puesto en proceso selectivo o sea amortizada la plaza, y por ello no es conforme con el Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada al no cumplirse el artículo 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado Español los resultados fijados en la misma?

Ante esta situación se hace necesario reiterar en este supuesto que se describe las siguientes preguntas, contenidas en la cuestión prejudicial planteada en fecha 30 de enero de 2018, en Procedimiento Abreviado 193/2017 en el JCA nº 8 de Madrid:

QUINTA.- Constatado por el Juez nacional el abuso en la contratación sucesiva del empleado público estatuario temporal interino al servicio de SERMAS, que es destinado a cubrir necesidades permanentes y estructurales de la prestación de servicios de los empleados estatuarios fijos, al no existir medida sancionadora efectiva, ni disuasoria alguna en el Ordenamiento Jurídico interno para sancionar tal abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de la Norma Comunitaria, ¿La Cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, debe ser interpretada en el sentido de que obligan al Juez nacional a adoptar medidas efectivas y disuasorias que garanticen el efecto útil del Acuerdo Marco, y por lo tanto, a sancionar dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de dicha norma europea, dejando inaplicada la norma interna que lo impida?

Si la respuesta fuera positiva, y como declara en su apartado 41, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asuntos C-184/15 y C-197/15:

¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, la transformación de la relación estatutaria temporal interina/eventual/sustituta, en una relación estatutaria estable, ya sea desde la denominación de empleado público fijo o indefinido, con la misma estabilidad en el empleo que los empleados estatuarios fijos comparables, y ello sobre la base que en la Normativa Nacional se 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, en dicho Sector, al no existir otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada?

SEXTA.- En el caso de abuso en la relación temporal sucesiva, la conversión de la relación estatutaria temporal interina en una relación indefinida o fija ¿puede entenderse que la misma, sólo cumple con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo Marco, cuando al empleado estatuario temporal que ha sufrido el abuso, goza de las mismas e idénticas condiciones de trabajo con respecto al personal estatuario fijo, (en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos, derechos pasivos, y cese en los puestos de trabajo, así participación en los concursos convocados para la provisión de vacantes y la promoción profesional) bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con el personal estatuario fijo?

3ª CUESTIÓN: EN DEFINITIVA, NO EXISTE CAUSA OBJETIVA, NI MEDIDA EFECTIVA PARA EVITAR EL ABUSO, NI MEDIDA DIRIGIDA A EVITARLO O SANCIONARLO.

Se hace necesario entroncar con el Auto planteando cuestión prejudicial dictado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 (PA 205/2017), para ante la negativa de la Administración de cursar los medios adecuados para lograr la estabilidad de los trabajadores objeto del abuso, ampliar las consecuencias sancionadoras que puedan derivarse del mismo, y al constatar que no existe causa objetiva, sanción, ni límites en nuestro Derecho Nacional, determinar las que puedan cumplir con el objetivo que marca la Directiva Comunitaria.

Sin perjuicio de entender que la conversión del trabajador en estable, como sanción, es la única que cumpliría con los objetivos que marca la Directiva, ya que existiendo prohibición absoluta en la Normativa Nacional de transformar una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, en un contrato de trabajo por tiempo indefinido en el Sector Público, esta normativa no puede ser considerada conforme con el Acuerdo Marco, ya que el Ordenamiento Jurídico interno del Estado Español no cuenta, 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. No existe, en el Sector Público trasposición de la Directiva Comunitaria.

Esta Juzgadora constata que, es infrecuente que la diferencia de trato se produzca en la legislación laboral, porque se transpuso la Directiva al ET en el año 2001; Pero dada la falta de transposición, la duda que se plantea en tercer lugar, es la posible indemnización como sanción a la irregularidad en la contratación temporal, al fraude en la contratación y en la ausencia de trasposición de la Directiva Comunitaria (Cláusula 5ª del Acuerdo Marco).

Y la sanción que se debe entender será la indemnización prevista en nuestro Derecho para el despido improcedente. Sólo ésta, cumpliría en consecuencia los requisitos de proporcionalidad, eficacia y efectividad, además de la necesidad de ser disuasoria. Para así *“(…) cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho Comunitario”*.

Ya que la Administración cuanta con medios para dar estabilidad a los trabajadores que fueron objeto del abuso, posibilidad que le ofrece la **Disposición transitoria cuarta del EBEP, acudiendo a la consolidación de empleo temporal, ya que nos hallamos ante un problema estructural** que afecta a todo un colectivo, a todo un Sector Público, el de Sanidad, que está dotado presupuestariamente y mediante un proceso que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Siendo este medio potestad de la Administración, su voluntad de no ponerlo en práctica, no puede llevar al estado de las cosas en que nos encontramos, en que tras 17, 14, 12 años de abuso en la contratación temporal sucesiva, la reducción de esta temporalidad, se lleve a cabo mediante el cese de los trabajadores temporales, muchos de ellos próximos a la jubilación; o con objetiva pérdida de oportunidad de un nuevo trabajo, por su edad, o por la propia tasa de desempleo existente en nuestro país. La elección de no acudir a la consolidación de empleo temporal, redundaría en beneficio del empleador infractor y sin consecuencia negativa derivada de la violación por el Estado Español al Derecho Comunitario dejando al trabajador víctima del abuso sin protección alguna.

Partiendo de que esta sanción indemnizatoria, deriva de la constatación en la existencia de un abuso en la contratación de trabajadores temporales, para cubrir de forma constante y reiterada necesidades permanentes y defectos estructurales, en contra frontalmente de lo establecido en la Directiva Comunitaria y existencia de fraude. Y que la Normativa Española no ha previsto mecanismo alguno de sanción efectiva, ni disuasorio, ya que se concluye por esta Juzgadora que la Directiva Comunitaria no fue nunca transpuesta a este Sector Público.

En este punto, **la SÉPTIMA cuestión prejudicial que se plantea es la siguiente: Atendiendo, en su caso, a la existencia de abuso en la contratación temporal, dirigida a satisfacer necesidades permanentes, sin que exista causa objetiva, contratación ajena a la urgente y perentoria necesidad que la justifica, sin que exista sanción o límites efectivos en nuestro Derecho Nacional ¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia**

de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no dé fijeza al trabajador, una indemnización, equiparable a la de despido improcedente, y que esta indemnización sirviera como sanción adecuada, proporcional, eficaz y disuasoria?

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 la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y entender que en la contratación temporal de las recurrentes, existe abuso en cuanto el empleador público utiliza distintas formas de contratación, todas ellas temporales, para el desempeño de forma permanente y estable, de funciones ordinarias propias de los empleados estatutarios fijos; cubrir defectos estructurales y necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable. Es por ello que esta contratación temporal descrita, no está justificada en el sentido de la Cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, como causa objetiva, en la medida en la que tal utilización de contratos de duración determinada se opone directamente al párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo, no dándose las circunstancias que justificarían estos contratos de trabajo de duración determinada?

SEGUNDA.- ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y en su aplicación entender que la convocatoria de un proceso selectivo convencional, con las características descritas no es medida equivalente, ni puede ser considerada como sanción, en cuanto no es proporcional al abuso cometido, cuya consecuencia es el cese del trabajador temporal, con incumplimiento de los objetivos de la Directiva y perpetuándose la situación desfavorable de los empleados estatutarios temporales, ni puede ser considerada como medida efectiva en cuanto al empleador no le genera perjuicio alguno, ni cumple función alguna disuasoria, y por ello no se adecua al artículo 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado Español los resultados fijados en la Directiva?

TERCERA.- ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, del artículo 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70 y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de septiembre de 2016 asunto C-16/15, al en su aplicación entender que, no es medida sancionadora adecuada para sancionar el abuso en la temporalidad sucesiva, la convocatoria de un proceso selectivo de libre concurrencia, al no existir en la normativa española mecanismo de sanción efectivo y disuasorio que ponga fin al abuso en el nombramiento del personal estatuario temporal, y no permite proveer estos puestos estructurales creados con el personal que fue objeto de abuso, de modo que la situación de precariedad de estos trabajadores perdura?

CUARTA.- ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta Juzgadora, que la conversión del trabajador temporal objeto de abuso en “indefinido no fijo” no es sanción eficaz en cuanto el trabajador así calificado puede ser cesado, ya sea porque se cubra su puesto en proceso selectivo o sea amortizada la plaza, y por ello no es conforme con el Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada al no cumplirse el artículo 2, párrafo primero de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado Español los resultados fijados en la misma?

Ante esta situación se hace necesario reiterar en este supuesto que se describe las siguientes preguntas, contenidas en la cuestión prejudicial planteada en fecha 30 de enero de 2018, en Procedimiento Abreviado 193/2017 en el JCA nº 8 de Madrid:

QUINTA.- Constatado por el Juez nacional el abuso en la contratación sucesiva del empleado público estatuario temporal interino al servicio de SERMAS, que es destinado a cubrir necesidades permanentes y estructurales de la prestación de servicios de los empleados estatutarios fijos, al no existir medida sancionadora efectiva, ni disuasoria alguna en el Ordenamiento Jurídico interno para sancionar tal abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de la Norma Comunitaria, ¿La Cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, debe ser interpretada en el sentido de que obligan al

Juez nacional a adoptar medidas efectivas y disuasorias que garanticen el efecto útil del Acuerdo Marco, y por lo tanto, a sancionar dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de dicha norma europea, dejando inaplicada la norma interna que lo impida?

Si la respuesta fuera positiva, y como declara en su apartado 41, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asuntos C-184/15 y C-197/15:

¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, la transformación de la relación estatutaria temporal interina/eventual/sustituta, en una relación estatutaria estable, ya sea desde la denominación de empleado público fijo o indefinido, con la misma estabilidad en el empleo que los empleados estatutarios fijos comparables, y ello sobre la base que en la Normativa Nacional se 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, en dicho Sector, al no existir otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada?

SEXTA.- En el caso de abuso en la relación temporal sucesiva, la conversión de la relación estatutaria temporal interina en una relación indefinida o fija ¿puede entenderse que la misma, sólo cumple con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo Marco, cuando al empleado estatutario temporal que ha sufrido el abuso, goza de las mismas e idénticas condiciones de trabajo con respecto al personal estatutario fijo, (en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos, derechos pasivos, y cese en los puesto de trabajo, así participación en los concursos convocados para la provisión de vacantes y la promoción profesional) bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con el personal estatutario fijo?

SÉPTIMA.- Atendiendo, en su caso, a la existencia de abuso en la contratación temporal, dirigida a satisfacer necesidades permanentes, sin que exista causa objetiva, contratación ajena a la urgente y perentoria necesidad que la justifica, sin que exista sanción o límites efectivos en nuestro Derecho Nacional ¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no dé fijeza al trabajador, una indemnización, equiparable a la de despido improcedente, y que esta indemnización sirviera como sanción adecuada, proporcional, eficaz y disuasoria?

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 14 de Madrid.