

# Versión anonimizada

C-332/22 - 1

Asunto C-332/22

## Petición de decisión prejudicial

### Fecha de presentación:

19 de mayo de 2022

### Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de Contencioso-Administrativo n.º 7 de Barcelona  
(España)

### Fecha de la resolución de remisión:

6 de mayo de 2022

### Partes demandantes:

HM

VD

### Parte demandada:

Generalitat de Catalunya

Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 17 de Barcelona

Procedimiento abreviado [OMISSIS]

AUTO

[OMISSIS]

[OMISSIS] Barcelona

[OMISSIS] 6 de mayo de 2022

### ANTECEDENTES DE HECHO

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número ...	1223600
Luxemburgo, el	20. 05. 2022
Fax/E-mail: .....	El Secretario, por orden
Presentado el: 19/05/22	Maria Manuela Ferreira Administradora principal

ES

## I.- PARTES DEL LITIGIO PRINCIPAL Y REPRESENTANTES

Parte demandante: D<sup>a</sup> HM [OMISSIS] y D<sup>a</sup> VD [OMISSIS]

[OMISSIS] [Datos del representante de la parte demandante] [OMISSIS]

Parte demandada: Departamento de Justicia Generalitat de Catalunya.

[OMISSIS] [Datos del representante de la parte demandada]

## II.- BREVE RELATO DE LOS HECHOS

**Primero:** D<sup>a</sup> HM es una funcionaria interina de la Administración de Justicia que lleva prestando servicios como tal, desde un primer nombramiento que se produce el 14 de diciembre de 1984, como Auxiliar interina en el Juzgado de Distrito n.º 3 de Hospitalet, por lo que acredita a la fecha de formalización de la demanda, una antigüedad de más de 37 años de servicios para la Administración de Justicia.

Su relación se materializa a través de diferentes nombramientos y contratos que se suceden, de forma sucesiva, desde la fecha indicada, 14 de enero de 1984, hasta que, finalmente, el 10 de diciembre de 2013 toma posesión como tramitadora procesal y administrativa en el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Villanova i la Geltrú, puesto vacante en el que permanece hasta la fecha, justificando, por tanto, más de 8 años y dos meses en el mismo destino.

**Segundo:** D<sup>a</sup> VD, es también funcionaria interina al servicio de la Administración de Justicia, en este caso desde el 15 de mayo de 1991. Entre el 15 de mayo de 1991 y el 31 de mayo de 2012, se van sucediendo los nombramientos en distintos órganos judiciales de Barcelona, con pequeñas interrupciones entre un nombramiento y otro, hasta que el 20 de junio de 2012, es nombrada funcionaria interina del Cuerpo de Tramitación en el Juzgado Penal n.º 3 de Barcelona, puesto vacante en el que permanece desde esa fecha, esto es, los últimos 9 años y más de 8 meses consecutivos.

En consecuencia, la Sra. VD, acredita 7 años y 9 meses de servicios continuados, hasta estos últimos nombramientos de 20 de junio de 2012 y, otros 9 años y 8 meses después. En total, 17 años y 7 meses de servicios en régimen de temporalidad.

**Tercero:** Expone la parte actora que durante todos estos años de servicios continuados, las recurrentes, Sras. HM y VD, atienden las mismas necesidades que los funcionarios de carrera comparables, esto es, atienden de hecho a necesidades que no son provisionales, urgentes y excepcionales, sino ordinarias, estables y permanentes, acreditando mérito, capacidad y competencia para el desempeño de las funciones, y tareas públicas encomendadas, cubriendo el déficit estructural de funcionarios de carrera. Prueba de ello, es que

- según los datos publicados en la web de la Generalitat de Catalunya, en el mes de diciembre de 2021, al servicio de la Administración de Justicia catalana, había 4257 funcionarios de carrera y 2884 funcionarios interinos, lo que significa que la temporalidad era del 40.38 %.
- En el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Vilanova i la Geltrú, en el que la Sra. HM lleva destinada desde el 10 de diciembre de 2013, en el Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativo en el que está integrada la Sra HM, están destinados 4 tramitadores interinos y solamente uno de carrera, lo que significa que la temporalidad es del 75 %.
- En cuanto al Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona, en el que presta servicio la Sra. VD desde el 20 de junio de 2012, en el Cuerpo de Tramitación Procesal, la temporalidad es del 100 %, pues solo prestan servicio 4 tramitadores interinos y ningún tramitador de carrera.

### **III.- PRETENSIONES DE LAS RECURRENTES**

Las recurrentes, tras justificar que se ha producido un abuso en su contratación temporal sucesiva incompatible con la Cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, pretenden en su demanda, que se les aplique esta Norma comunitaria y, en consecuencia, que se adopte la correspondiente medida sancionadora contra la Administración empleadora, en este caso contra el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, responsable de esta situación de temporalidad abusiva.

Y sostienen que, al no existir en la legislación española ninguna sanción en el sector público (sí existe en el sector privado, consistente en la transformación de los trabajadores temporales en trabajadores fijos cuando lleven más de dos años prestando servicios para el mismo empresario), la sanción a aplicar en este sector no puede ser otra que la transformación de esta relación temporal abusiva en una relación fija, bien mediante la adquisición de la condición de funcionario de carrera, bien mediante la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija equiparable a la de los funcionarios de carrera, sin adquirir esta condición, pero disfrutando de los mismos derechos que estos últimos, entre ellos el de no poder ser cesadas o despedidas, sino por las mismas causas que rigen para los funcionarios de carrera fijos que desempeñan sus mismas tareas y funciones. En consecuencia, solicita que se estime la demanda y que se declare el derecho de los actores a que se les aplique la Directiva 1999/70/CE y su Acuerdo marco, lo que implica que sean nombradas como funcionarias de carrera al servicio de la administración demandada con destino en el puesto de trabajo al que están inscritas[,] en el mismo cuerpo, especialidad, servicio[,] Centro u órgano al que están destinadas, y titular en propiedad de la plaza que ocupan. Subsidiariamente, en caso de imposibilidad de nombrarlas funcionarias de carrera, se proceda por la Administración demandada, a su nombramiento como personal público fijo equiparable a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración

empleadora en el cuerpo, especialidad, servicio, centro u órgano al que están adscritas bajo los principios de permanencia e inamovilidad que con la misma estabilidad en el empleo que aquéllos, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los funcionarios de carrera comparables, con derecho a permanecer en el servicio u órgano y en el puesto de trabajo al que están actualmente destinadas; alternatively, que se proceda por la Administración demandada reconocer a estas trabajadores interinas el derecho permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan como titulares y propietarias del mismo, aplicándoles las mismas causas, requisitos y procedimientos para los que se dicho puesto de trabajo que la ley establece para los homónimos funcionarios de carrera comparables, con los mismos derechos y condiciones de trabajo que estos y finalmente que en todo caso, se le abone la administración de 18.000 € y/o la que legalmente proceda, como compensación al abuso sufrido en la relación temporal sucesiva mantenida, para reparar el daño sufrido derivado de la situación que vienen padeciendo de abuso de su contratación temporal sucesiva y de discriminación en sus condiciones de trabajo, y sin perjuicio también de los daños impenetrables que, en su caso, en el supuesto que aquí negamos, de que no procede la transformación de su relación temporal abusiva en una relación fija, se pongan de manifiesto, hagan efectivos y se individualicen en el momento de cese de la trabajadora temporal recurrente, y todo ello como sanción al abuso la relación temporal sucesiva y para eliminar las consecuencias de la infracción.

#### **IV.- ALEGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DEMANDADA**

La Administración demandada, Generalitat de Catalunya, compareció en el procedimiento y se opuso a la demanda en primer lugar alegando falta de legitimación pasiva [OMISSIS] [aclaración no pertinente]. A continuación, expone una serie de antecedentes de hecho sobre la situación de las funcionarias afectadas y como fundamentos de Derecho señala la inexistencia de abuso puesto que prácticamente cada año ha habido convocatorias de acceso a las plazas ocupadas por las demandantes. Seguidamente se refiere a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre la materia (esencialmente coincidente con lo que se dice en el apartado correspondiente de este escrito). Se refiere a una sentencia estimatoria dictada por este Juzgado en otro procedimiento similar al presente y alega su no aplicación al presente caso. A continuación, se refiere a la Ley 20/2021 de 28 de diciembre que entiende resuelve la situación existente por permitir la regularización de la situación de las recurrentes y por todo ello solicita la desestimación de la demanda

#### **V.- TRÁMITES PROCEDIMENTALES**

[OMISSIS] [Tramitación procedimental que ha llevado al planteamiento de la petición de decisión prejudicial]

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

## **PRIMERO.- OBJETO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL**

La presente petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, “Acuerdo Marco”), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE, y se ha suscitado en el marco del litigio al que se ha hecho referencia.

Además, esta cuestión prejudicial tiene por finalidad determinar si la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se ajusta 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 y a la jurisprudencia de TJUE que la interpreta.

Esta cuestión prejudicial queda enmarcada en la situación general de abuso de la temporalidad que existe en el ámbito de la función pública española, situación de la cual el TJUE es plenamente consciente, por haberlo mencionado en diversas sentencias (14/09/2016 C-16/15) y que hasta viene reconocido en la propia Ley 20/21 en cuya exposición de motivos se dice:

*En paralelo a este proceso, la evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por el aumento de la tasa de temporalidad, que ha llegado al extremo de que casi un treinta por ciento de los empleados públicos en España tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública.*

*.../...Así las cosas, los procesos de selección son excesivamente lentos y dilatados en el tiempo, ocasionando en muchos casos la necesidad de provisión temporal de los puestos por el tiempo necesario hasta la cobertura efectiva. En estas condiciones, el recurso al nombramiento de personal interino y a la contratación de personal temporal se ha constituido en una alternativa organizativa que ha acabado suponiendo un incremento excesivo de la temporalidad.*

*En este sentido, ha de tenerse en cuenta que si bien una tasa de temporalidad es necesaria e inherente a cualquier organización, no lo es cuando deviene en estructural y supone en algunos sectores de la Administración tasas cercanas al cincuenta por ciento de su personal.*

Siendo tan evidente esta cuestión, resulta innecesario presentar datos o estadísticas que demuestren lo que es obvio. Baste indicar que, según la EPA de 2021, en España hay 1.101.300 empleados públicos temporales

## **SEGUNDO.- DERECHO NACIONAL**

### **A) Constitución española**

*Artículo 14: los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*

*Artículo 103. 3 : la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades el ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*

### **B) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial**

#### ***Artículo 472. [Nombramiento del personal funcionario de carrera]***

*1. Los funcionarios de carrera de los cuerpos mencionados, están vinculados a la Administración de Justicia en virtud de nombramiento legal, por una relación estatutaria de carácter permanente, para el desempeño de servicios retribuidos.*

*2. Por razones de urgencia o necesidad, podrán nombrarse funcionarios interinos, que desarrollarán las funciones propias de dichos cuerpos, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera o permanezcan las razones que motivaron su nombramiento.*

### **C) Real Decreto 1451/05, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso del personal funcionario al Servicio de la Administración de Justicia**

#### ***Artículo 30. Selección y nombramiento***

*1. El Ministerio de Justicia o, en su caso, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia, podrán nombrar funcionarios interinos, por razones de urgencia o por necesidades del servicio, cuando no sea posible, con la celeridad exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionario de carrera, de acuerdo con los criterios objetivos que se fijen en la orden ministerial o, en su caso, la disposición de la Comunidad Autónoma que haya recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia*

*Los funcionarios interinos desarrollarán las funciones propias de dichos cuerpos, en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera o permanezcan las razones que motivaron su nombramiento.*

*2. Los nombrados deberán reunir los requisitos y titulación necesarios para el ingreso en el cuerpo, tomarán posesión en el plazo que reglamentariamente se establezca y tendrán los mismos derechos y deberes*

*que los funcionarios, salvo la fijeza en el puesto de trabajo, y las mismas retribuciones básicas y complementarias, excepto trienios.*

*3. A los funcionarios interinos les será aplicable el régimen de los funcionarios de carrera, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición.*

*4. Serán cesados según los términos que establezca la orden ministerial o, en su caso, la disposición de la Comunidad Autónoma a que se refiere el apartado primero de este artículo y, en todo caso, cuando se provea la vacante, se incorpore efectivamente su titular o desaparezcan las razones de urgencia o necesidad que motivaron su nombramiento.*

**D) Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), como norma de aplicación subsidiaria, aprobado por Ley 7/2007, hoy texto refundido aprobado por RD[Leg] 5/2015. de 20 de octubre.**

***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. (...) [OMISSIS] 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. (...)”*

En relación con toda esta legislación, hacemos notar:

- Que ni la LOPJ 6/1985, ni el RD 1451/2005; ni la Ley 7/2007 (hoy RD[Leg] 5/2015), ni ninguna otra norma interna, establecen sanción alguna para la Administración empleadora que incumple los plazos máximos de duración de los contratos y nombramientos temporales, permitiendo en la práctica que los nombramientos se perpetúen más allá del plazo máximo establecido por la Ley interna.
- Que el personal temporal interino cuando es cesado (sea cual sea el número de años que lleve prestando servicios y se haya producido, o no, un abuso en su contratación temporal sucesiva de empleo), no tiene derecho a indemnización, ni a compensación alguna.
- Que en el Derecho nacional, solo quienes han superado un proceso selectivo a través del sistema concurso-oposición, conforme a lo establecido en el art 62 de la Ley 7/2007, pueden adquirir la condición de funcionarios de carrera y obtener estabilidad en el empleo, estando prohibida solo en el sector público la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija.
- Y que no existe ninguna norma en el sector público español que presente garantías de protección de los empleados públicos temporales, con objeto de sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

**E) Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.**

**Artículo 1. Modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.**

*Se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, de la siguiente forma:*

*Uno. Se da una nueva redacción al artículo 10, que queda redactado como sigue:*

**«Artículo 10. Funcionarios interinos.**

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

*a) La existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, por un máximo de tres años, en los términos previstos en el apartado 4.*

*b) La sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario.*

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

*d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.*

*2. Los procedimientos de selección del personal funcionario interino serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y celeridad, y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto. El nombramiento derivado de estos procedimientos de selección en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera.*

*3. En todo caso, la Administración formalizará de oficio la finalización de la relación de interinidad por cualquiera de las siguientes causas, además de por las previstas en el artículo 63, sin derecho a compensación alguna:*

*a) Por la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos.*

*b) Por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados.*

*c) Por la finalización del plazo autorizado expresamente recogido en su nombramiento.*

*d) Por la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento.*

*4. En el supuesto previsto en el apartado 1.a), las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino deberán ser objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración Pública.*

*No obstante, transcurridos tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino.*

*Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica.*

*5. Al personal funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera.»*

*Dos. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 11, que queda redactado como sigue:*

*«3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.»*

*Tres. Se introduce una nueva disposición adicional decimoséptima, que queda redactada en los siguientes términos:*

**«Disposición adicional decimoséptima.** Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público.

*1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.*

*Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el*

*cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.*

*2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.*

*3. Todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho.*

*4. El incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcionario interino afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento. No habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria.*

*5. En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.*

*Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.*

*No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria.»*

## **Artículo 2. Procesos de estabilización de empleo temporal.**

*1. Adicionalmente a lo establecido en los artículos 19. Uno. 6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales*

*del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.*

*Sin perjuicio de lo que establece la disposición transitoria primera, las plazas afectadas por los procesos de estabilización previstos en los artículos 19. Uno. 6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, y 19. Uno. 9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, serán incluidas dentro del proceso de estabilización descrito en el párrafo anterior, siempre que hubieran estado incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización y llegada la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, no hubieran sido convocadas, o habiendo sido convocadas y resueltas, hayan quedado sin cubrir.*

*2. Las ofertas de empleo que articulen los procesos de estabilización contemplados en el apartado 1, así como el nuevo proceso de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes.*

*La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022.*

*La resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.*

*3. La tasa de cobertura temporal deberá situarse por debajo del ocho por ciento de las plazas estructurales.*

*4. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.*

*Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de*

*concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.*

*En el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con los procesos de estabilización.*

*5. De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.*

*6. Corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización.*

*En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades.*

*La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso.*

*7. Con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Administraciones Públicas deberán certificar al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas estructurales ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados.*

**Disposición adicional sexta. Convocatoria excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración.**

*Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.6 y 7 del TREBEP, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el*

*artículo 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.*

*Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma.*

**Disposición adicional octava. Identificación de las plazas a incluir en las convocatorias de concurso.**

*Adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la disposición adicional sexta incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016.*

**Disposición transitoria primera. Plazo de resolución de los procesos de estabilización de empleo temporal ya convocados.**

*Los procesos selectivos para la cobertura de plazas incluidas en las ofertas de empleo público aprobadas en el marco de los procesos de estabilización de empleo temporal previstos en el artículo 19. Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19. Uno. 9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, deberán finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.*

**F) Real Decreto Ley 1/1995. de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET).**

A diferencia de los que sucede con los empleados temporales, el Legislador nacional sí ha previsto medidas sancionadoras para los trabajadores temporales del sector privado, pues el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (hoy RD[Leg] 2/2015, de 23 de octubre), en su artículo 15 y en su disposición adicional decimoquinta, prevé que

*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, exclusión expresa que se realiza en la redacción del precepto dada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

### **TERCERO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL NACIONAL / INTERNA:**

#### **Doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.**

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha ido evolucionando en su doctrina, conforme el TJUE ha ido concretando su jurisprudencia en relación con el alcance interpretativo que debe conferirse a la Directiva 1999/70/CE, y en particular, a la Cláusula 5 del Acuerdo marco.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desde sus sentencias de 26 de septiembre de 2018 —a las que se remiten sus recientes sentencias de 20, 21 y 22 diciembre de 2021—, viene sosteniendo que, al no existir en la legislación española ninguna medida sancionadora para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, la medida sancionadora a aplicar debe ser la de mantener al personal temporal / interino que se encuentre en una situación de abuso, en la misma situación de temporalidad abusiva hasta que se provea su plaza por un funcionario de carrera por los procedimientos reglamentarios, diciendo en estas Sentencias el TS lo que sigue:

*Como punto de partida tomaremos en consideración que la más reciente doctrina del TJUE (acudimos nuevamente a la ya mencionada sentencia de 19 de marzo de 2020) nos dice claramente dos cosas: (i) 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 —parágrafo 87—; (ii) que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco (sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porrás, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 89 y jurisprudencia citada) —parágrafo 89—,*

*En la sentencia dictada el día 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 1305/2017) esta Sala ya declaró que la situación de abuso en la contratación temporal de personal interino la solución sancionadora no era la conversión de la relación temporal en una relación definitiva sino la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.*

*Es evidente que en esa decisión y en otras posteriores en el tiempo, estaba presente que nuestra legislación de función pública nunca, y ahora tampoco, ha contemplado la adquisición de personal funcionario/estatutario sino es a través de la superación de un proceso selectivo. Así lo establecía el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, lo fija hoy el artículo 62.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y, tratándose de personal estatutario, el artículo 20 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Y no parece evidente, tampoco se ha invocado en este recurso, que esta normativa nacional resulte contraria al Derecho comunitario y, particularmente, a la Directiva 1999/70/UE, para que debamos planteamos la inaplicación del derecho nacional.*

*La recurrente tacha este criterio de atentatorio contra la cláusula 5 del Acuerdo Marco, afirmando en cambio que la única sanción posible es la transformación de la relación de servicio en fija. Pero sus argumentos no son convincentes. De entrada, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, hay que destacar que en fechas tan recientes como junio de este mismo año, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado de manera inequívoca que «la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional». Así la ya citada sentencia Instituto Madrileño de Investigación, Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (párrafo 79). De aquí se sigue, como es obvio, que dicha disposición carece de eficacia directa.*

*Cosa distinta, por supuesto, es el deber de interpretar el ordenamiento interno de conformidad con el Derecho de la Unión Europea y, en este caso, concretamente con la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Pero ocurre que, como ha quedado dicho, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado expresamente 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» (sentencia de 19 de marzo de 2020 —párrafo 87—).*

*La conclusión de todo ello es que, en presencia de una situación objetivamente abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ni esta disposición ni la legislación española prevén que la persona que se halla en dicha situación tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo*

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

Tras una serie de resoluciones del TJUE, como fueron las de 30/9/2020 (Asunto C-135/20, caso JS contra la Cámara Municipal de Gondomar), la STJUE 03/06/21, C-726/19, asunto IMDRAA, y la STJUE 11-02-2021 C-760/19, asunto Dimos Agiou Nikolaou, el TS en relación con la naturaleza de un contrato de interinidad por vacante dice lo siguiente: (STS 649/21 de 28/06/21 Rec 3263/19): *«se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza que, en el caso de las Administraciones Públicas, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos».*

Sobre la duración excesivamente larga y las expectativas del trabajador y la pérdida de valor del único contrato, indica:

*«esta visión, que pudiera considerarse técnica correcta y amparada por la jurisprudencia europea (...) no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo Marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia».*

*...la «duración excesivamente larga del contrato» y «el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato», son circunstancias que «obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor»*

Sobre las crisis económicas y su influencia en la falta de convocatorias:

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

*...«el gasto no se incrementa porque ya existía el puesto»,*

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

La jurisprudencia más reciente del TS, sentencia de 30 de noviembre de 2021, de la misma Sección 4ª, recaída en el recurso 5558/19, dice lo siguiente: *«La jurisprudencia de nuestra Sala ha rechazado reiteradamente la aplicabilidad de la figura de personal indefinido no fijo como solución para los supuestos de utilización sucesiva por las Administraciones Públicas de contratos o nombramientos de carácter temporal para atender necesidades permanentes de carácter estructural. Igualmente ha considerado esa jurisprudencia que no procede reconocer al personal nombrado por tiempo determinado con las*

*condiciones que se acaban de mencionar, el derecho a ser indemnizado por su cese cuando éste se acuerde por la Administración.».*

La conclusión que se alcanza de la jurisprudencia del TS se resume en estos aspectos:

1.- Cuando el empleado público desempeña *«de forma constante y continuada las mismas funciones»* con varios contratos de interinidad por vacante o *«uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo»*, dicha contratación es fraudulenta;

2.- Dicha transformación es posible cuando *«el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza»*;

3.- Se entiende que la duración es *«injustificadamente larga»*, cuando los procesos duran *«más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad»*, plazo razonable puesto que es el fijado en el art. 15.1 a) ET para los contratos por obra o servicio determinado, en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, para los contratos temporales de fomento al empleo de personas con discapacidad, y es *«el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP»*

4.- No es posible aplicar a estos supuestos la figura del indefinido no fijo, ni procede la concesión de cualquier tipo de indemnización.

#### **CUARTO.- DISPOSICIONES COMUNITARIAS**

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, establece:

En la cláusula 1, que el Acuerdo Marco tiene por objeto:

*“a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;*

*b) Establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”.*

En la cláusula 3, que:

*A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por*

*«1. “trabajador con contrato de duración determinada”: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente*

*entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado;*

2. *“trabajador con contrato de duración indefinida comparable”: un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña.*

*En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales»*

En la cláusula 4, apartado 1, que:

*“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”.*

En 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.*

*2. los estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte necesario, determinarán en qué*

*condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:*

*a) se considerarán "sucesivos";*

*b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido."*

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."*

Y en artículo 2, párrafo primero, de la Directiva, que:

*"Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a lo más tardar el 10 de julio de 2001 o se asegurarán de que, como máximo en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias mediante acuerdo, adoptando los Estados miembros todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva."*

## **QUINTO.- JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

La cuestión esencial sobre la que versa esta remisión prejudicial es cuál debe ser la medida sancionadora a aplicar en un Estado miembro —como es España—, cuando ese Estado miembro no ha traspuesto la Directiva a su Ordenamiento jurídico interno en un sector determinado, como es el sector público, y sin embargo sí ha establecido una medida sancionadora en el sector privado, consistente en la transformación de la relación abusiva en una relación definitiva o fija por el mero hecho de que el trabajador temporal preste servicios para el mismo empresario durante más de 24 meses, en un periodo de 30 meses (Vid. art. 15 del Estatuto de los Trabajadores).

Sin ánimo de ser exhaustivos, vamos a hacer una síntesis de los puntos más importantes que se desprenden de la jurisprudencia del TJUE en relación con la Cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, si bien exclusivamente en relación con las consecuencias de su incumplimiento.

1. Las SSTJUE de 7 de septiembre de 2006, asuntos C-53/04 y C-180/04

En dos sentencias de 7 de septiembre de 2006, en los asuntos C-53/04 y C-180/04, casos Marrosu y Sardino y Vassallo, el TJUE dijo que, 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 efectivos y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión. La Directiva no exige, sin embargo, que esa medida pase por la conversión del contrato en indefinido siempre que contenga otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada.

2. La STJUE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, caso Adeneler, declara que:

*105 (...), 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.*

3. El TJUE en su Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado, apartado 42, se pronuncia en los siguientes términos:

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

4. La STJUE de 14 septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, apartados 39 y 41, establece lo siguiente

*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.*

5. El TJUE en su Sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17, reitera

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

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

6. El TJUE en su Sentencia de 8 de mayo de 2019, C-494/17, Rossato, dijo:

39 Por otra parte conviene señalar que, con arreglo a la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco, entre las medidas que permiten prevenir la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada se halla la facultad de los Estados miembros de transformar las relaciones laborales de duración determinada en relaciones laborales por tiempo indefinido, al ser la estabilidad laboral que ofrecen estas últimas el principal factor de protección de los trabajadores.

40 A este respecto procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado, en resumen, que una normativa que establece una regla imperativa según la cual la utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinado hace que estos últimos se transformen en una relación laboral por tiempo indefinido puede calificarse de normativa que contiene una medida que sanciona efectivamente esa utilización abusiva (véase, en particular, la sentencia de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, EU:C:2014:2044, apartado 70 y jurisprudencia citada) y, por tanto, satisfacer los requisitos recordados en los apartados 27 y 28 de la presente sentencia.

7. La propia STJUE de 19 de marzo de 2020, C-130/2018, refuerza la vigencia de esta excepción y de su doctrina anterior, en su apartado 87, cuando afirma que:

87 Así, la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento

*jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (véase, en este sentido, la sentencia de 14 septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680, apartados 39 y 41 y jurisprudencia citada).*

8. Así, el TJUE, en este Auto de 30/9/2020, C-135-20 apartados 23 a 26, resuelve lo que sigue:

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

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

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

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

9. El TJUE dictó la Sentencia de fecha 11 de febrero 2021, asunto C-760/18, caso M.V. y otros y Organismos Topikis Aftodioikisis, en la que concluye lo que sigue:

*La cláusula 5, punto 1, del Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que, cuando se haya producido un abuso de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, a efectos de dicha disposición, la obligación del tribunal remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes de la legislación nacional que permitan sancionar debidamente este abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de esa interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíben de modo absoluto dicha conversión en el sector público.*

10. La STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19, insiste

*(48) Así, la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada [sentencia de 11 de febrero de 2021, M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 58 y jurisprudencia citada].*

11. La reciente STJUE de 13 de enero de 2022, asunto C-282/19, tras establecer en su apartado 82 que la Directiva no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de duración determinada, añade:

*83 No obstante, para que tal normativa nacional pueda considerarse conforme con el Acuerdo Marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (sentencia de 24 de junio de 2021, Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua, C-550/19, EU:C:2021:514, apartado 48 y jurisprudencia citada).*

*(...) 85 Por tanto, procede considerar que, en el caso de autos, si se demuestra que en la normativa nacional controvertida en el litigio principal no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto del personal del sector de la enseñanza pública de la religión católica, tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.*

(...) 123 *A la vista de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido, por una parte, de que se opone a una normativa nacional que excluye a los profesores de religión católica de los centros de enseñanza pública -léase al personal público temporal recurrente- de la aplicación de las normas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, si no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione dicha utilización abusiva [...]*

12. La STJUE de 7 de abril de 2022, asunto C-236/20, en la que el TJUE afirma categóricamente

*62 Sin embargo, para que pueda considerarse conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal, que solo en el sector público prohíbe transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contener, en dicho sector, otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada (sentencia de 7 de marzo de 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, apartado 34 y jurisprudencia citada).*

## **SEXTO.- RAZONES QUE JUSTIFICAN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES QUE SE PLANTEAN**

**6.1. Dudas sobre las medidas sancionadoras a aplicar en un Estado miembro donde la Directiva 1999/70/CE no ha sido traspuesta y, por tanto, no existe en la Legislación nacional ninguna medida sancionadora para garantizar el cumplimiento de la Cláusula 5 del Acuerdo marco en el sector público.**

6.1.1.- El primer grupo de cuestiones va encaminado a aclarar cuáles son las medidas sancionadoras que deben aplicarse cuando la Legislación de un Estado miembro, como es España, no ha fijado en el sector público una medida sancionadora para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva, siendo cierto que, producido un abuso, el TJUE tiene dicho que *es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva»* (vid. apartado 88 de la STJUE de 19 de marzo de 2020, apartado 32 del ATJUE de 2 de junio de 2020 o apartado 48 STJUE de 3 de junio de 2021).

Tales apartados tienen una particular relevancia, no ya porque sientan esa “*indispensable*” o preceptiva obligación de sancionar el abuso, sino porque

residencian el fundamento de dicha obligación, no en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, sino en el art. 2 de la Directiva, de acuerdo con el cual, *los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva».*

Por lo que, si un Estado miembro incumple su obligación de transponer la Directiva en materia de sanciones, no solo se está incumpliendo la cláusula 5 del Acuerdo Marco, sino también, y especialmente, el art. 2 de la Directiva, que conecta la sanción frente al abuso con el efecto útil de la norma del Derecho de la Unión.

Pues bien, como nos recuerda (por todas) la STJUE de 11 de julio de 2002, n.º C-62/2000:

*“27. De las consideraciones anteriores se desprende que la adopción de medidas nacionales para adaptar correctamente el Derecho nacional a una Directiva no agota los efectos de ésta y que un Estado miembro sigue obligado a garantizar efectivamente la plena aplicación de la Directiva incluso después de la adopción de dichas medidas. Por tanto, los particulares están legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, contra el Estado, las disposiciones de una Directiva que parezcan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas en todos aquellos casos en que no se garantice la aplicación plena de ésta, es decir, no sólo en los casos en que no se haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva o tal adaptación haya sido incorrecta, sino también en aquellos casos en que las medidas nacionales por las que el Derecho interno se ha adaptado correctamente a la referida Directiva no se apliquen de manera que se alcance el resultado que ésta persigue”.*

Siendo así que el art. 2 de la Directiva 1999/70/CE, dado los términos absolutos e inequívocos en que está redactado, es una disposición suficientemente precisa - pues obliga a los Estados miembros “*a hacer todo lo necesario*” para garantizar los resultados fijados por la Directiva- e incondicional —por cuanto les obliga a ello “*en todo momento*”—, fácilmente puede concluirse que el referido precepto es directamente invocable en caso de una inexistente o indebida transposición de la Directiva 1999/70/CE: la ausencia de sanciones incorporadas al Derecho interno no puede justificar que, constatado el abuso, el mismo no reciba sanción alguna.

En suma, no hace el art. 2 de la Directiva sino aplicar la teoría general del Derecho de la UE sobre las condiciones de eficacia de sus actos legislativos: como es sabido, las Directivas son directamente vinculantes en cuanto a la finalidad y el efecto útil perseguido por la norma; quedando a discreción de los Estados miembros los medios para alcanzar tales fines. Así resulta del art. 288.2 TFUE.

Existe, por lo demás, una indiscutible y directa vinculación entre el régimen de protección que la Directiva 1999/70/CE —y, en particular, su art. 2—, confiere a

los justiciables, y el derecho a la tutela judicial efectiva. Lo dice el propio TJUE en su Sentencia (de la Gran Sala), de 15 de abril de 2008, n.º C-268/2006:

*“40. Por otra parte, es preciso recordar que la libertad en la elección de los procedimientos y los medios destinados a garantizar la aplicación de una directiva no menoscaba la obligación de los Estados miembros destinatarios de aquélla de adoptar, en su ordenamiento jurídico nacional, todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido (véase la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. p. 1891, apartado 15).*

*41. La obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE , de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (véase la sentencia Von Colson y Kamann, antes citada, apartado 26).*

*42. Efectivamente, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, asegurar la protección jurídica que se deriva para los justiciables de las disposiciones del Derecho comunitario y garantizar su pleno efecto (sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. 1-8835, apartado 111).*

*43. A este respecto, procede recordar que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. 1-2271, apartado 37 y jurisprudencia allí citada)”.*

Por tanto, es el principio de tutela judicial efectiva, como principio general del Derecho de la Unión, el que queda en entredicho en el supuesto de autos, toda vez que debe asegurarse la protección jurídica que se deriva para los justiciables de las disposiciones del Derecho comunitario y garantizar su pleno efecto-, o, lo que es lo mismo, que los abusos constatados reciban la consecuente sanción, ya que en caso contrario el cumplimiento de los objetivos de las Directivas quedaría al arbitrio y capricho de cada Estado miembro, socavándose la eficacia y el efecto útil del Derecho de la UE.

**6.1.2.-** Pues bien, es evidente que en España no existe en el sector público, ninguna Ley que fije una sanción que cumpla los requisitos de la Directiva, a la luz de la STJUE de 19/3/2020 (C-103/18), toda vez que esta sentencia dictamina:

1) En cuanto a los procesos selectivos, la STJUE 19/3/2020, en sus n.º 97 a 101 (vid. también Auto TJUE de 2 de junio de 2021, C-103/2019), dice:

a) Que los procesos selectivos y de estabilización no son una medida acorde con la Directiva, entre otras razones, porque de su convocatoria no se deriva

ningún efecto negativo —léase sancionador— para la Administración empleadora responsable del abuso, ni ningún efecto compensatorio para el empleado víctima del abuso, y porque *“tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso”*.

b) Y que, aun cuando los empleados públicos objeto de un abuso puedan participar en estos procesos selectivos, este hecho no exime a los Estados miembros de cumplir su obligación de establecer una medida disuasoria para sancionar el abuso en la temporalidad y compensar a las víctimas de un abuso.

- 2) En cuanto a la figura del indefinido no fijo, la STJUE de 19/3/2020, en su n.º 102, dice que tampoco es una medida sancionadora acorde con la Directiva:

a) ya que el indefinido no fijo, no deja de ser un trabajador temporal a efectos de la Directiva, pues al igual que el temporal, cesa cuando se amortiza la plaza o se nombra a un empleado fijo, y no puede sancionarse el abuso en la temporalidad y en la precariedad en el empleo, con más abuso, más temporalidad y más precariedad, y

b) y porque el indefinido no fijo no disfruta de las mismas condiciones de trabajo —léase, de la misma estabilidad en el empleo—, que el personal fijo, al estar sujeto a distintas causas de cese, apuntado la sentencia a la estabilidad como medida sancionadora idónea para cumplir la Directiva.

En definitiva, no puede ser una medida efectiva, proporcionada y disuasoria: (i) para sancionar el abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la UE; (ii) acabar con la precarización de los empleados públicos; (iii) y garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo, como un componente primordial de la protección de los empleados públicos, que son los objetivos que persigue la Directiva 1999/70, mantener a los empleados públicos temporales/interinos en la misma situación de temporalidad o precariedad, o lo que es lo mismo, transformarlos en indefinidos no fijos, sujetándolos a las mismas causas de cese que a los temporales víctimas de un abuso —la provisión de la plaza por un empleado fijo o su amortización— pues esto sería tanto como sancionar a la víctima del abuso, castigando la temporalidad y precariedad abusiva, con más temporalidad, más precariedad y más abuso

- 3) En cuanto a una eventual indemnización, la STJUE de 19/3/20, en sus n.º 103 a 105, establece que para que una indemnización cumpla los requisitos de la Directiva 1999/70, tiene que estar específicamente prevista en la Legislación nacional para acabar con la precarización de los trabajadores públicos, y ser disuasoria. Y en España, no existe ninguna indemnización que cumpla estos requisitos:

- a. Las únicas indemnizaciones recogidas en la Ley española, son las previstas en los art.49 y ss. del Estatuto de los Trabajadores, para el despido improcedente, pero estas indemnizaciones, como declaran las SSTJUE de 21/11/2018, C-936/2018, y de 22/2/2020, Baldonado, n.º 61 a 63., no están específicamente previstas para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, pues su abono es independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la contratación temporal: de hecho, estas indemnizaciones las cobran los fijos y no los temporales.
- b. La Sala de lo Social del TS, en sus SS n.º 207/2019, de fecha 13/3/2019, y de 23/7/2020, rec 1809/2018, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo TS, en sus SS n.º 1425 y 1426, de 26/9/2019, tienen dicho que en España no hay ninguna indemnización disuasora que cumpla los requisitos de la Directiva, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización. Las indemnizaciones en nuestro país son todas compensatorias, nunca disuasorias o penalizadoras, que son propias del derecho anglosajón y no del derecho latino.
- c. Además, como dice la STJUE 7/3/2018, C-494/16, n.º 52, la indemnización, por sí sola, no es una medida adecuada para sancionar el abuso en el sector público si no va acompañada de otro mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio adicional, que en el caso Italiano de la sentencia consistía en un sistema de multas personales a imponer a las autoridades y Administraciones responsables de estos abusos; multas adicionales que tampoco existen en España.

Y la inexistencia de medidas sancionadoras socava, de plano, el objeto, objetivos y efecto útil perseguidos por la Directiva 1999/70/CE. En este sentido, el apartado 72 de la STJUE de 3 de junio de 2021, “*si el órgano jurisdiccional remitente constata que no existe, en la normativa nacional de que se trata en el litigio principal, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del sector público, esa situación vulneraría el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y sería, por tanto, contraria a dicha cláusula (véase, en este sentido, el auto de 30 de septiembre de 2020, Cámara Municipal de Gondomar, C-135/20, no publicado, EU:C:2020:760, apartado 25 y jurisprudencia citada)*”.

**6.1.3** Ante la inexistencia de medidas sancionadoras en la Legislación española, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, en sus sentencias n.º 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018 —a la que se remiten sus sentencias del mes de diciembre de 2021—, optó por acordar, como medida sancionadora, la subsistencia de la relación temporal abusiva hasta que la Administración empleadora convocara el correspondiente proceso selectivo para proveer la plaza servida por el funcionario interino de larga duración en situación de abuso por un funcionario de carrera.

Esta doctrina del TS aparentemente incumple la doctrina del TJUE antes citada, según la cual para conseguir objetivo de “evitar la precarización de la situación de los asalariados” y garantizar “el derecho a la estabilidad en el empleo, que se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores”, si en la legislación de un Estado miembro no existe ninguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE en el sector público, no cabe sino transformar la relación temporal abusiva en una relación fija, esto para evitar que el abuso quede sin sanción y no socavar el objetivo y el efecto útil de la Cláusula 5 del Acuerdo marco

Este Juzgador comparte el criterio que exponen los recurrentes, en cuanto a que la sanción no puede ser la subsistencia y continuación de la relación de empleo abusiva hasta que la Administración empleadora provea la plaza a través de los procedimientos reglamentarios en los términos establecidos en el art 10 EBEP

1) En primer lugar, porque el TJUE ya se ha pronunciado acerca de que las medidas contempladas por las SSTs de 26 de septiembre de 2018 no son conformes con la cláusula 5 del Acuerdo marco

Así, el TJUE en su sentencia de 19 de marzo de 2020, Asunto Sánchez Ruiz, rechaza la solución propuesta por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de septiembre de 2018, pues, pese a que estas sentencias del TS fueran invocadas por el Gobierno de España en sus conclusiones escritas, y valoradas, para ser rechazadas, por la Abogada General de la UE en el apartado 77 de su informe escrito publicado en Curia, la STJUE de 19 de marzo de 2020, no las recoge como una solución que pueda ser considerada una sanción proporcional, efectiva y disuasoria para reprimir el abuso en la temporalidad y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

2) En segundo lugar, porque, en caso de abuso la Directiva obliga a sancionar los abusos y esta sanción, tiene que ser proporcionada, efectiva y disuasoria, y estar específicamente tipificada en la Legislación nacional por una Ley, sin que pueda el TS establecer -como hace- una sanción no tipificada en una norma con rango de Ley.

Esto por dos razones fundamentales:

a) Primeramente, porque la trasposición de las Directivas a los ordenamientos jurídicos nacionales tiene que realizarse siempre a través de normas legales claras y transparentes, a fin de que los ciudadanos europeos puedan conocer con exactitud sus derechos y obligaciones, y además, estas normas tienen que tener el mismo rango que las normas que regulaban esta materia en el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro (vid. STJUE de 23 de mayo de 1985, asunto 29/84. Comisión v Alemania; o de 20 de marzo de 1986, 72/85, Comisión v Holanda, [o] de 14 de enero de 2010 C-343/2008, apartado 40).

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

- b) Y después, porque la Directiva 1999/70 obliga a sancionar los abusos y la potestad sancionadora en nuestro ordenamiento jurídico está indisolublemente ligado a los principios de legalidad y de reserva de ley por imperativo de los arts 25 CE y 25 Ley 40/2015), y del art 49 de la Carta Europea de derechos Fundamentales, de tal forma que si la sanción no está tipificada en una Ley, el principio de legalidad impide que pueda establecerse por los Tribunales.

Como también en materia indemnizatoria existe una reserva de Ley impuesta por los arts 35.2, 103.3 y 106.2 CE, hasta el punto de que, las indemnizaciones que los empresarios tienen que abonar a los trabajadores están contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y las que las Administraciones Públicas tienen que abonar a los ciudadanos en la Ley 40/15 RJSP.

Y si, como hemos dicho antes, incumpliendo su obligación, el Estado miembro no ha fijado en su Legislación una sanción en un sector determinado, como es el público, mientras que sí lo hace en el sector privado transformando en indefinidos los contratos temporales abusivos, la sanción en el sector público no puede ser otra diferente a la de la transformación de esos contratos temporales abusivos en fijos, pues “*la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe ser interpretada en el sentido que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe, de forma absoluta, en el sector público, la conversión de una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, en tanto esta legislación no prevea, en relación con este sector, otras medidas efectivas que eviten y, en este caso, sancionen la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos* (vid Auto del TJUE de 30 de septiembre de 2020, asunto Gondomar, apartado 26, antes citado).

- 3) En tercer lugar, porque el TS, en estas sus sentencias de 26 de septiembre de 2018, lo que hace es prolongar —léase, *perpetuar*— a la víctima del abuso en esta situación de abuso y de desprotección incompatible con la Directiva 1999/70/CE, hasta que la Administración empleadora decida arbitrariamente convocar los procesos selectivos correspondientes, olvidando:

- Por un lado, que como tiene dicho el TJUE (por todas, vid apartados 32 del ATJUE de 2 de junio de 2021 y 48 de la STJUE de 3 de junio de 2021), producido un abuso es indispensable una sanción inmediata que acabe con el abuso, de tal manera que, de conformidad con el art 2.1 de la Directiva

1999/70/CE, “los Estados miembros deben «(adoptar) todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva” y “eliminar la infracción del derecho de la Unión”

- Por otro lado, que la STJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 58, deja claro que “*el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco. En particular, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo*”.
- Y finalmente, que las STS incurrir en el vicio que prohíbe el TJUE en su auto de 9 de febrero de 2017, C-446/2016 (apartado 44), pues “*en lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo marco, (...), perpetua el mantenimiento de una situación desfavorable para los empleados con contrato de duración determinada.*”, *impidiendo el cumplimiento de los objetivos y de los resultados fijados por la Directiva 1999/70/CE, que no son otros que los de evitar la precarización y garantizar la estabilidad en el empleo, como un componente primordial de la protección de los trabajadores y empleados públicos.* (vid. STJUE de 14/9/2006, Asunto 16/15, contra el SERMAS (apartados 26 y 27 y 47 y 48).

4) En cuarto lugar, porque la doctrina de TS infringe el principio comunitario de equivalencia, de conformidad con el cual, las personas que invocan “*los derechos conferidos por el Ordenamiento jurídico de la Unión no deben caer en situación de desventaja respecto de aquellos que invocan derechos de carácter puramente interno*”.

Pues bien, aplicando el Derecho interno, la Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para el 2021, en su Disposición Final 31, modifica el art 87.3 de la Ley 40/2015, del Sector Público, estableciendo que, en caso de que una entidad pública empresarial o agencia estatal privada, se transforme en una entidad pública, su personal podrá ejercer funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo, con la condición de a extinguir.

Se vulnera el principio de equivalencia, en el momento que -aplicando el derecho interno- los trabajadores privados de empresas sujetas a derecho privado, que han sido seleccionados conforme al derecho privado, sin proceso selectivo alguno, puedan permanecer en el sector público con la condición de a extinguir, y que por el contrario -aplicando el derecho comunitario-, los empleados públicos temporales/interinos que siempre han trabajado en el sector público y fueron seleccionados por procedimientos públicos de libre concurrencia, no puedan permanecer en el sector público con la condición de a extinguir.

5) Y en quinto lugar, porque la solución propuesta por las STS aboca en última instancia a la celebración de procesos selectivos abiertos, en los que pueden participar no solo las víctimas de abuso, sino también el resto de los ciudadanos, lo que no se ajusta a la Directiva 1999/70.

En efecto, la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, asunto C-103/2018, en sus apartados 97 a 101, dictamina que la organización de procesos selectivos, en cuanto a procesos abiertos, no es una medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Cláusula 5 del Acuerdo marco (vid. apartados 97, 98, 100 y 101).

Y lo confirma tajantemente, el Auto del TJUE de 2 de junio de 2021, Asunto C-103/19, caso CGT, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 24 de Madrid, relativas a la Cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, declarando lo siguiente:

*45 Por lo demás, si bien la organización de procesos selectivos abiertos a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada permite a estos últimos aspirar a obtener un puesto permanente y estable y, por tanto, el acceso a la condición de personal estatutario fijo, ello no exime a Estados miembros de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 100).*

*46 Pues bien, toda vez que estos procesos, en virtud del artículo 61, apartado 1, del Estatuto Básico del Empleado Público, también están abiertos a los candidatos que no hayan sido víctimas de ese abuso y no confieren a los empleados públicos víctimas de tal abuso ninguna garantía de adquirir la condición de personal estatutario fijo, en el sentido del artículo 20, apartado 1, del Estatuto Marco, no pueden constituir medidas que sancionen debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.*

*47 En efecto, dado que la organización de tales procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de nombramientos o relaciones de servicio, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales nombramientos o relaciones de servicio ni para subsanar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Por tanto, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco (sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 101).*

**6.1.5.-** En tanto que en la Legislación española no existe —en el sector público— medida sancionadora alguna que garantice el cumplimiento de la Cláusula 5 del Acuerdo marco y las supuestas medidas sancionadoras acogidas por el Tribunal Supremo, en opinión de ese juzgador, no pueden ser consideradas como medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que cumplan con los requisitos de esta Cláusula, se nos plantea el problema de determinar cuál es la medida a aplicar en España en el sector público, pues la sanción es siempre indispensable e incumbe a las autoridades judiciales garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión en su Estado de pertenencia, sin que, el incumplimiento por parte de ese Estado miembro de su obligación de trasponer la Directiva al Ordenamiento jurídico nacional, pueda operar como excusa para no aplicarla en dicho Estado, tanto más cuando la Cláusula 5 del Acuerdo marco no recoge sino un derecho social básico de todos los trabajadores europeos, como es el derecho a la estabilidad en el empleo y a un trabajo digno.

Desde esta óptica, en la toma de decisión, debemos tomar en consideración:

- 1) Que ese TJUE tiene dicho que la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija prevista en el art 5.2 del Acuerdo marco, es una medida que satisface los requisitos de la Directiva, al ser la estabilidad laboral el principal factor de protección de los trabajadores.
- 2) Que, en el sector privado nacional, el art 15 Estatuto de los Trabajadores, prevé como sanción al abuso la transformación de la relación temporal abusiva en una relación definitiva o fija, diciendo que los trabajadores temporales que lleven trabajando para el mismo empresario más de 24 meses, en un plazo de 30, pasan a adquirir la condición de indefinidos.
- 3) Que el TJUE tiene declarado que, cuando la Legislación de un Estado miembro, no ha fijado una sanción para garantizar el cumplimiento de la Cláusula 5 del Acuerdo marco en un sector determinado, como es el sector público, lo que procede es la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, esto para que el abuso no quede sin sanción y no socavar el objetivo y el efecto útil de la Cláusula 5 del Acuerdo marco, sin que pueda aplicarse la Normativa nacional que lo prohíbe.

En definitiva, de la doctrina del TJUE se desprende que corresponde al Estado fijar dichas medidas dentro de su margen de apreciación, de manera que el Derecho de la Unión “*no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido*”, pero siempre bajo la condición de que el Estado haya establecido otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Por tanto, existe una alternativa: o el Estado ha establecido en su Legislación medidas efectivas para evitar y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada o, en caso contrario, procede la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido,

esto para esto para evitar que el abuso quede sin sanción y no socavar el objetivo y el efecto útil de la Clausula 5 del Acuerdo marco.

4) Que el art 23 CE y la Normativa interna (vid. art 62 EBEP) prohíben adquirir la condición de funcionario de carrera a quienes no han superado un proceso selectivo en régimen de igualdad, publicidad y libre concurrencia con otros aspirantes para obtener tal condición.

5) Que, según la Normativa interna, los funcionarios interinos no solo deben reunir los mismos requisitos y obligaciones que los funcionarios de carrera para ocupar una plaza en el sector público, sino que además deben ser seleccionados a través de procesos selectivos, que deben celebrarse con pleno respeto a estos principios constitucionales de igualdad, publicidad y libre concurrencia (vid art 10 y 61 EBEP).

6) Que el personal interino y temporal ocupa los mismos puestos de trabajo que los funcionarios de carrera comparables, realizan las mismas tareas, cometidos y funciones que estos últimos, asumen sus mismas obligaciones, deberes y responsabilidades con la misma permanencia en el tiempo y, además, las realizan con la misma corrección que los funcionarios de carrera, pues como dice el TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2018, C-466/17, Caso Chiara Motter, apartados 33 a 34, si no hubiera sido así, las Administraciones empleadoras habrían convocado los procesos selectivos correspondientes para proveer las plazas con funcionarios de carrera fijos en los plazos establecidos en la Legislación interna y, sin embargo, no lo hacen.

7) Que ese TJUE también ha dicho que, la Cláusula 5.1 del Acuerdo marco no tiene eficacia directa y, por lo tanto, que no obliga a un Tribunal nacional que conoce de un litigio entre un empleado público y su empleador a abstenerse de aplicar una normativa nacional que no es conforme con dicha cláusula 5.1, , ello debe entenderse sin perjuicio del principio de interpretación conforme, que obliga al órgano jurisdiccional interino a hacer todo lo posible por cohonestar el Derecho de la Unión con las disposiciones de Derecho Interno del Estado miembro.

**6.1.6.-** No existiendo en la Legislación española medida sancionadora alguna que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Cláusula 5 del Acuerdo marco, y como quiera que la subsistencia de la relación temporal abusiva acordada por el Tribunal Supremo en las sentencias antes citadas tampoco puede ser concebida como una medida sancionadora que garantice el cumplimiento de estos objetivos, este Juzgador se pregunta cuál es la medida sancionadora a aplicar en nuestro país, y en concreto, si está obligado a transformar la relación temporal abusiva en el caso de los aquí recurrentes en una relación fija, mediante su transformación en funcionarios fijos o de carrera, idénticos o equiparables a los funcionarios fijos de carrera comparables, pues, en otro caso, el abuso quedaría sin sanción y se socavarían los objetivos y el efecto útil de la Cláusula 5 del Acuerdo marco.

Este Juzgado considera que la medida sancionadora más acorde y equilibrada, para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria -con la debida protección de los empleados públicos víctimas de un abuso-, es la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, sujetando a las víctimas de un abuso a las mismas causas de cese y de despido que rigen para los funcionarios de carrera comparables, aunque sin adquirir esta condición.

Y se considera la más idónea por cuanto que, de esta manera, se garantiza definitivamente el derecho a la estabilidad en el empleo —como componente primordial de protección de los trabajadores— y se evita la precariedad de los funcionarios; se sanciona efectivamente a la Administración por su comportamiento abusivo, eliminando así tal situación; se disuade a la Administración de que siga abusando de la contratación temporal forzándola a que convoque procesos selectivos con la periodicidad necesaria para proveer las plazas vacantes, convirtiendo la contratación fija en la forma más común de relación laboral: se trata al funcionario temporal víctima de un abuso de una manera acorde a la naturaleza ordinaria, permanente y estable de la tareas realmente realizadas y se le compensa adecuadamente a través de esta sanción proporcionada.

De esta manera, aplicando el principio de interpretación conforme sujetando a la víctima de un abuso a las mismas causas de cese que a los fijos comparables, conciliamos el mandato contenido en la cláusula 5 del Acuerdo marco —cumpliendo sus objetivos de acabar con la precarización de los empleados públicos, sancionando a la Administración empleadora causante del mismo, y compensando a la víctima, sin privarla de la protección que les otorga el Acuerdo marco—, con la normativa nacional, que no es infringida, sino que es interpretada de una manera que garantiza la plena efectividad de dicha Cláusula 5, ya que la normativa nacional lo único que prohíbe es adquirir la condición de funcionario fijo o de carrera, si no se ha superado un proceso selectivo (vid. art 62 del EBEP y 20 del Estatuto marco), y el personal temporal se le reconoce estabilidad en el puesto de trabajo, mediante su sujeción a las mismas causas de cese que a los funcionarios fijos o de carrera, pero sin adquirir esta condición.

**6.1.7.-** Abunda en lo que decimos, el hecho de que la cláusula 5 del Acuerdo marco debe ser interpretada a la luz STJUE de 17 de abril de 2018, asunto Egenberger, que dispone en sus apartados 78 y 79, que en los casos en los que el órgano judicial llega al convencimiento de que su ordenamiento nacional no admite una interpretación acorde con la Directiva, el Derecho de la Unión dispone de principios expansivos —derecho a la igualdad y no discriminación, y tutela judicial efectiva de los arts 21 y 47 de la Carta— que operan como título suficiente para la exclusión, en último término, de las disposiciones del Derecho interno que se opongan a ella, de tal forma que *“en el supuesto contemplado en el apartado 75 de la presente sentencia (en el supuesto de que le fuera imposible efectuar tal interpretación conforme del precepto nacional controvertido en el litigio principal), el tribunal nacional está obligado a garantizar, de acuerdo con sus competencias, la protección jurídica para los justiciables derivada de lo dispuesto en los artículos 21 y 47 de la Carta, y a garantizar la plena eficacia de*

*dichos artículos, dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga”, ya que “la ausencia de cualquier vía legal en el derecho del Estado miembro afectaría el objetivo y efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo-Marco” y en “en tales circunstancias las normas legales del Estado miembro que obstaculizasen la conversión de contratos de duración determinada en contratos de duración indefinida deberán ser excluidas”.*

Es decir, aun cuando se llegara al convencimiento de que el ordenamiento español no admite una interpretación acorde con la Directiva, el Derecho de la Unión dispone de principios expansivos —derecho a la igualdad y no discriminación y tutela judicial efectiva— que operan como título suficiente para la exclusión, en último término, de las disposiciones del Derecho interno que se opongan a ella.

Y, considerando lo anterior, no puede entenderse que cuando el TJUE en su Auto TJUE de 30 de septiembre de 2020, caso Gondomar —al que se refiere expresamente la STJUE de 3 de junio de 2021, validando la aplicación de esta doctrina en el ordenamiento español—, dispone que

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

el TJUE no viene sino a enmarcar el conflicto dentro de los criterios de interrelación entre las fuentes del Derecho nacional y las del Derecho de la Unión Europea, evitándose así caer en el error de entender que no puede aplicarse la referida doctrina Gondomar porque supondría realizar una interpretación contra legem del Derecho interno.

Es, justo, lo contrario: dicha doctrina opera como cláusula de cierre, cuando el principio de interpretación conforme no permite conciliar el Derecho de la Unión y el Derecho nacional. Es decir, procede la transformación cuando el principio de interpretación conforme, precisamente, ante la indebida transposición de la Directiva en materia de sanciones, no permite salvaguardar el efecto útil y objetivos de la norma europea.

Así, el precitado Auto no viene sino a condensar en sus consideraciones lo que recuerda la Sentencia del TJUE de 22-12-2010, n.º C-444/2009, n.º C-456/2009:

*“75. Dado que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión reconocido, además, en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, si no existe una medida que adapte correctamente el Derecho español a la Directiva 1999/70 durante dicho*

*período, asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto (véase, en este sentido, la sentencia Impact, antes citada, apartados 42 y 43 y jurisprudencia citada)”*.

**6.1.8-** La necesidad de sujetar a los funcionarios interinos víctimas de un abuso a las mismas causas de cese y despido que rigen para los funcionarios de carrera, es también una consecuencia que viene impuesta por la Cláusula 4 del Acuerdo marco, ya que, si un empleado público temporal/interino ocupa los mismos puestos de trabajo que los funcionarios fijos o de carrera; desempeña las mismas tareas, funciones y cometidos, no provisionales sino estables y permanentes, que los funcionarios fijos o de carrera y con sus mismas obligaciones y responsabilidades; y, además, con la misma permanencia en el tiempo durante años, propia de los empleados fijos o de carrera, por aplicación de los principios comunitarios de igualdad de trato y no discriminación que consagran la Cláusula 4 del Acuerdo marco, y los arts. 20, 21, 23 y 31, de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, no cabe sino sujetarlos también a los mismos derechos y, por tanto, a las mismas causas de cese y extinción que rigen para los funcionarios fijos o de carrera, cumpliendo así el objetivo de la Cláusula 4 del Acuerdo marco, que tiene por objeto, *“impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contratos indefinidos o fijos”* (vid. STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-177/14, apartados 40 y 41, y Auto de 21 de septiembre de 2016, asunto C-631/15, apartados 32 y 33)

Así lo apuntaba la STJUE de 25 de octubre de 2018, asunto C-331/17 (antes citada) razonando en su apartado 71, que:

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

Abundan en lo que aquí se sostiene los siguientes hechos:

- a) Que en las situaciones de interinidad o temporalidad abusiva de larga duración, es la propia Administración empleadora la que, en acto propio que la vincula, ha validado el mérito y la capacidad del funcionario temporal/interino;
- b) Que es la Administración empleadora la que desnaturaliza la condición de funcionario interino o empleado público temporal, recurriendo a

temporales/interinos para el desempeño de cometidos permanentes y ordinarios, no provisionales, ni excepcionales, sujetándole a un régimen de tareas, obligaciones y responsabilidades que en nada dista del correspondiente al personal fijo de carrera; pero, a la hora de poner fin a esa relación de empleo temporal, la empleadora no encuentra inconveniente en aplicar unas causas de cese o extinción de la relación temporal que decayeron en el mismo momento en que se consumó el fraude y el abuso,

c) Que una posible justificación del trato diferenciado entre empleados públicos temporales y los fijos pierde fundamento desde la perspectiva de los principios de prohibición de toda discriminación y de prohibición de los abusos que aquí nos ocupa, cuando se aplica a un personal público, cuya vinculación de servicio con la Administración supera los dos años (que es el plazo que el art 15 del Estatuto de los trabajadores establece en el sector privado para que un trabajador temporal se convierta en fijo) pues en este caso no concurre la causa que podría justificar la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración

d) Que el TJUE tiene dicho que también las causas de finalización o las condiciones de resolución de un contrato de duración determinada son condiciones de trabajo sujetas al principio de igualdad consagrado en la Cláusula 4 del Acuerdo marco (vid. SSTJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C-38/13, apartados 27 y 29 y de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596, apartados 30 y 31).

En definitiva, cuando el nombramiento es fraudulento, en cuanto se destina al funcionario interino a atender, de hecho, a necesidades que no son provisionales, ni excepcionales, ni puntuales, sino a atender necesidades ordinarias, indefinidas y estables, que son propias de los funcionarios de carrera, al no concurrir las causas específicas de la temporalidad/interinidad, las únicas causas de cese aplicables serían y deben ser las previstas para los funcionarios fijo o de carrera, en cuanto son las únicas adecuadas a la causa real que dio lugar al nombramiento del interino y al contenido real de la relación mantenida y de los servicios prestados. En otro caso, se produciría una vulneración del principio de igualdad de trato que proclaman los arts 20, 21, 23 y 31 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales,

Las PREGUNTAS PRIMERA, SEGUNDA TERCERA Y CUARTA tienen por finalidad resolver estas dudas

**6.2.-. Duda sobre el lapso temporal que permite definir cuándo se produce un abuso incompatible con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, esto es, cuándo puede concluirse que un empleado público temporal atiende a necesidades que, de hecho, no son provisionales, sino ordinarias y permanentes**

El TJUE ha interpretado la Cláusula 5 del Acuerdo marco diciendo que esta Cláusula tiene por objeto evitar la precarización de la situación de los asalariados,

y garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores, de tal forma que esta cláusula no admite el nombramiento de empleados temporales para cubrir necesidades que no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, ni para desempeño de modo permanente de funciones incluidas en la actividad normal del personal fijo.

Y, para determinar cuándo se produce un abuso, la STJUE de 19 de marzo de 2020, apartados 78 y 79, establece que hay que atender a determinados parámetros como son: (1) el número de años consecutivos prestando servicios a la Administración empleadora, realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo de carrera; (2) el porcentaje elevado de empleados públicos temporales que constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de este sector; (3) la inexistencia real de límites máximos de duración de los contratos temporales; (4) o el incumplimiento de la obligación legal por parte de las Administraciones empleadoras de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo, convocando los correspondientes procesos selectivos, en los plazos que marca la Ley nacional.

Pues bien, en la Legislación española hay normas que nos permiten determinar que el abuso en la contratación temporal sucesiva en el sector público se produce cuando la relación continuada permanece y perdura durante más de 2 años o 24 meses. Así,

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

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

o El art. 10.4 EBEP establece que las plazas vacantes servidas por interinos tienen que estar incluidas en la OPE del año de nombramiento y, si no fuera posible, en la del año siguiente, de tal forma que, en el plazo máximo de 24 meses, la plaza vacante tiene que ofrecerse en una OPE para que sea provista por un funcionario de carrera, en tanto que el legislador entiende que, vencido este plazo, la necesidad no puede calificarse como provisional.

o De la misma manera, el art.64 del RD 364/1995 de 10 de marzo, de Ingreso y Provisión y Promoción de los Funcionarios Civiles del Estado, establece que las comisiones de servicios tendrán un plazo de duración máxima de 24 meses; pues a partir de los dos años, al no ser una necesidad provisional, la plaza tiene que estar cubierta por un funcionario de carrera por los procedimientos reglamentarios.

La presente cuestión va dirigida, precisamente, a que el TJUE aclare y objetivice los criterios a partir de los cuáles debe entender que el empleado público temporal / interino no está atendiendo a una necesidad provisional, temporal o esporádica, sino ordinaria, estable y permanente, pues este Juzgador no entiende que el abuso

se defina en el sector privado, a partir de los dos años, al considerar el Legislador que, a partir de este tiempo, la necesidad no es provisional sino estable, y que, por el contrario, en el sector público, se mantenga otro criterio completamente distinto.

La cuestión no es hipotética:

- a) en primer lugar, porque este Juzgado tiene pendiente de resolver numerosos procesos en los que empleados públicos temporales que acreditan 3, 4 o 5 años de servicios continuados —bien en el mismo puesto de trabajo, bien en el último puesto de trabajo, aunque presten servicios más años en la misma Administración empleadora—, denuncian que se encuentran en situación de abuso.
- b) en segundo lugar, porque las aquí recurrentes, aunque llevan muchos años de servicios como funcionarias de la Administración de Justicia, han ocupado distintos puestos de trabajo, y pueden seguir siendo nombradas en otros órganos judiciales, por lo que se hace necesario que el TJUE fije el criterio.
- c) y en tercer lugar, porque la Ley 20/2021, en sus disposiciones adicionales 6ª y 8ª, solo prevé un régimen selectivo especial para aquellos empleados públicos temporales que lleven más de 6 años, esto es, que estén empleados como tales con anterioridad a 1 de enero de 2016, dejando fuera a aquellos empleados públicos que acreditan más de 2 años y menos de 6 años atendiendo a necesidades que no son provisionales, sino estables y duraderas, a los que no trata como víctimas de un abuso en su contratación temporal.

Este razonamiento justifica la PREGUNTA QUINTA

**6.3.- Dudas sobre si la aplicación retroactiva de la Ley 20/21, de 28 de diciembre, a las situaciones de contratación temporal abusiva en el sector público producidas con anterioridad vulnera el principio comunitario de legalidad.**

Como se ha dicho antes, la Ley 20/21, de reducción de la temporalidad en el sector público, con el objetivo de reducir la temporalidad -más que de sancionar los abusos-, ha venido a establecer la necesidad de convocar procesos selectivos en determinadas condiciones con la finalidad de reducir estas situaciones de temporalidad abusiva.

Pues bien, la duda que suscita el Juzgador es si tiene obligación de aplicar esta Ley 20/2021 a los hechos constitutivos de infracción a la Cláusula 5 del Acuerdo marco, cuando estos hechos, determinantes de un abuso en la contratación temporal sucesiva de un empleado público, se han producido y consumado con anterioridad, y han sido denunciados por el funcionario víctima de un abuso reclamando la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija antes la entrada en vigor de la ley 20/2021, pues ello podría vulnerar:

**1.** El principio comunitario de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador, que implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley (*Lex scripta*); que la Ley sea anterior al hecho sancionado (*Lex previa*); y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*Lex certa*).

Este Derecho fundamental enunciado en el art 7 del Convenio de Roma y en el art 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo y comprende una doble garantía. La primera, de orden material, y alcance absoluto, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; la segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones.

**2.** El principio comunitario de irretroactividad de las normas sancionadoras, al que se refiere el TJUE, Gran Sala, en su sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto C-2017/982, caso Reino de España contra el Consejo de la UE, en los términos siguientes:

*145 Por lo que respecta, en primer lugar, a la alegación basada en la violación del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, procede, con carácter preliminar, señalar que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el principio de irretroactividad de las disposiciones penales es un principio general del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 1984, Kirk, 63/83, EU:C:1984:255, apartado 22, y de 8 de febrero de 2007, Groupe Danone/Comisión, C-3/06 P, EU:C:2007:88, apartado 87). Este principio general del Derecho exige que la infracción imputada a una persona y la sanción impuesta por dicha infracción coincidan con las que estaban previstas en el momento en que se cometió la acción o la omisión que constituye dicha infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 1984, Kirk, 63/83, EU:C:1984:255, apartado 21, y de 8 de septiembre de 2015, Taricco y otros, C-105/14, EU:C:2015:555, apartado 56).*

*146 Más específicamente, por una parte, este principio general del Derecho es también aplicable a las multas de carácter administrativo (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rorindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartado 202). En consecuencia, la imposición de una multa en virtud del artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.º 1173/2011, no puede sustraerse a la aplicación del mismo principio general del Derecho, pese a que el artículo 9 de dicho Reglamento especifique que tal sanción tiene carácter administrativo.*

Desde esta perspectiva de la aplicación de estos principios de legalidad y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras que se recogen en el art 7 del Convenio y en el art 49 de la Carta , las medidas sancionadoras contenidas en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, consistentes básicamente en la convocatoria de procesos selectivos y en una indemnización de 20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades, solo para quienes no aprueben el proceso selectivo, no pueden aplicarse a los empleados públicos que a la entrada del vigor de la Ley 20/2021, ya se encuentran en una situación de abuso en su relación temporal sucesiva y que, además, han denunciado el abuso, reclamando de las autoridades administrativas y judiciales españolas, que se les aplique las medidas sancionadoras vigentes en el momento en que se produjo la infracción.

En efecto, como hemos visto antes, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE (por todas, vid. STJUE de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso Adeneler, Apartado 106; Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, Franco Afiliado en cuyo apartado 42; SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41; de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17, apartados 60, y 67 a 71; de 11 de febrero 2021, asunto C-760/18, y de 13 de enero de 2022 y Auto TJUE de 30 de septiembre de 2020, apartados 23 a 26) en el supuesto de que la Legislación de un Estado miembro no haya fijado una sanción para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y acabar con la precarización de los empleados públicos, procede la conversión de esos empleados públicos en empleados públicos fijos, sin que pueda aplicarse la normativa interna que lo impide.

Siendo esta transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, una medida sancionadora más beneficiosa para la víctima de un abuso que la compensación recogida en la Ley 20/2021, de 20 días por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades; y, por otro lado, siendo la estabilización de este personal, como se deduce del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo marco y de los puntos 6 a 8 de las Consideraciones Generales de dicho Acuerdo, la medida más importante para la protección de los trabajadores en cuanto que permite sancionar el abuso y borrar sus consecuencias de manera duradera y definitiva, parece claro que el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras impide aplicar la Ley 20/2021 de manera retroactiva, a aquellos empleados públicos que ya se encuentran en una situación de abuso contraria a la Norma comunitaria y que han actuado su derecho reclamando a las autoridades judiciales la imposición de la sanción vigente en el momento en que se produjo el abuso, sin que la demora de España en trasponer la Directiva al Derecho nacional pueda perjudicar los derechos de las víctimas a las que no se ha aplicado esta norma comunitaria.

Por todo ello, se formula la pregunta SEXTA

**6.4.- Dudas sobre si las medidas que establece la Ley 20/21, de 28 de diciembre, para reducir la temporalidad en el empleo, pueden ser**

**consideradas medidas sancionadoras que cumplen con los requisitos de la Cláusula 5 del Acuerdo marco**

La Ley 20/2021, establece como única sanción al abuso en la temporalidad en el sector público, la convocatoria de procesos selectivos abiertos (concurso oposición para las plazas ocupadas por temporales más de 3 años, y concurso de méritos para las plazas de más de 6 años), en los que no solo participan las víctimas de un abuso y que, por tanto, no garantizan que las víctimas adquieran la condición de empleados públicos fijos o de carrera. Y solamente para aquellos trabajadores temporales víctimas de un abuso que suspendan el proceso selectivo, la Ley prevé una compensación de 20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades.

Es evidente, por tanto, que la sanción que establece la Ley 20/2021 ante el abuso es la convocatoria de un proceso selectivo, ya que, si la sanción fuera la indemnización, la percibirían todas las víctimas del abuso, hayan o no aprobado el proceso selectivo. Sin embargo, la compensación de 20 días, no la perciben todos los empleados públicos temporales víctimas de un abuso, sino que solo la perciben las víctimas de un abuso que no han superado el proceso selectivo, por lo que es evidente que esta indemnización no nace del abuso producido, sino que nace de la no superación del proceso selectivo, y es una consecuencia de esa no superación.

Pues bien, siendo esto así, la articulación de procesos selectivos de acceso libre, como son los procesos de estabilización a los que se remite la Ley 20/2021, en ningún caso pueden constituir una medida sancionadora efectiva para garantizar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE, ni para compensar a las víctimas de un abuso que han sufrido la violación sistemática y permanente de sus derechos, pues como dice el Auto (antes citado) de TJUE de 2 de junio de 2021, asunto C-103/19, estos procesos selectivos también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de ese abuso y no confieren a los empleados públicos víctimas de tal abuso ninguna garantía de adquirir la condición de personal estatutario fijo, y *“no resultan adecuados para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales nombramientos o relaciones de servicio ni para subsanar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión”*.

Ante esta doctrina del TJUE, se formula la pregunta SÉPTIMA

**6.5.- Dudas sobre si la Ley 20/21, de 28 de diciembre, al establecer que estos, procesos selectivos deben concluirse en el plazo de tres años, e indicar que la indemnización de 20 días por año de servicio solo se abona en el momento del cese o despido del trabajador, vulnera la Directiva 1999/70/CE, al perpetuar a los funcionarios interinos en esta situación de abuso y de desprotección**

La Ley 20/21, no hace sino perpetuar a los empleados públicos víctimas de un abuso en su contratación temporal en esta situación degradante, de desprotección, de vulnerabilidad y de discriminación que prohíbe el Convenio de Roma en sus arts. 3, 8, 14 y 17 y la Carta Europea en su arts. 4, 20, 21, 23, 31,33 y 41:

a) En primer lugar, porque la Ley 20/2021, perpetúa a las víctimas de un abuso en esta situación de precariedad en el empleo, de degradación y de vulnerabilidad incompatible con la Directiva, al menos otros tres años más, hasta que se convoquen los procesos selectivos o de estabilización que se anuncian en la misma y éstos se ejecuten y concluyan, para lo cual, la Ley establece un límite temporal hasta el 31 de diciembre de 2024.

Y además, si su plaza no se cubre por un funcionario de carrera, la Ley 20/2021, en su art. 1, en la redacción dada al art 10.4 EBEP, establece que la víctima del abuso seguirá a través de un nuevo nombramiento, hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé derecho a compensación económica alguna, dejando, en consecuencia, el abuso sin la indispensable sanción y perpetuando el mantenimiento de esta situación, imposibilitando el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo marco.

b) En segundo lugar, porque la indemnización de 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades que se prevé en la Ley 20/2021 para aquellos empleados públicos temporales víctimas de un abuso que no hayan superado los procesos selectivos diseñados en la Ley, sólo se devenga en el momento de cese, lo que significa:

a) por una parte, que incurre en el vicio que prohíbe el TJUE en su auto de 9 de febrero de 2017, C-446/2016, Caso Francisco Rodrigo Sanz (apartado 44), pues *“en lugar de mejorar la calidad del trabajo con contrato de duración determinada y promover la igualdad de trato buscada tanto por la Directiva 1999/70 como por el Acuerdo marco, (...) perpetua el mantenimiento de una situación desfavorable para los empleados con contrato de duración determinada.”*, hasta que se produzca el cese, imposibilitando hasta entonces el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE (vid. STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asunto 16/15, contra el SERMAS (apartados 26 y 27 y 47 y 48); y

b) no presenta garantías de protección de los funcionarios temporales, pues si la Administración empleadora no los cesa, éstos no perciben indemnización alguna, y puede la empleadora seguir abusando de su falta de estabilidad en el empleo, utilizándolos para privarles de los derechos que son propios de los funcionarios fijos, que es justamente lo que prohíbe la Directiva, repercutiendo negativamente en el desarrollo de su dignidad, de su carrera y de su formación profesional, manteniéndolos en un régimen de precariedad e inseguridad en el trabajo degradante, indigno y discriminatorio que da lugar a precariedad e inseguridad personal, familiar y social.

Por ello, se interesa del TJUE que conteste a la pregunta OCTAVA:

**6.6.- Dudas sobre si la indemnización de 20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades, que según la Ley 20/21, debe percibir las víctimas de un abuso que no hayan superado los procesos selectivos que se convoquen**

**al amparo de sus arts 2 y disposiciones adicionales 6ª y 8ª, vulnera el Derecho de la UE**

También suscitan dudas de legalidad comunitaria a este Juzgado la indemnización de 20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades, que según la Ley 20/21, debe percibir las víctimas de un abuso que no hayan superado los procesos selectivos que se convoquen al amparo de sus arts 2 y disposiciones adicionales 6ª y 8ª.

**1)** En primer lugar, porque, de esta forma, se excluye, de plano, de dicha compensación a los empleados públicos víctimas de abuso que, como consecuencia del proceso selectivo, obtenga la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo, obviándose que, con arreglo al ATJUE de 2 de junio de 2021, apartado 45, *“si bien la organización de procesos selectivos abiertos a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada permite a estos últimos aspirar a obtener un puesto permanente y estable y, por tanto, el acceso a la condición de personal estatutario fijo, ello no exime a Estados miembros de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 100)”*.

**2)** En segundo lugar, porque la STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, caso Santoro, establece que, para que una indemnización cumpla con los requisitos de la Directiva en el Sector público, es imprescindible que vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio adicional a esa indemnización, lo que no sucede en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, donde únicamente se prevé como posible sanción (ya que la convocatoria de los procesos de estabilización no lo es conforme ha declarado el TJUE en su Auto de 2 de junio de 2021 antes citado), una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, sin que vaya acompañada de ningún otro mecanismo adicional de sanciones, efectivo y disuasorio.

Al no prever la Ley 20/2021, ningún mecanismo sancionador adicional efectivo y disuasorio a la mera indemnización de 20 días, la ley 20/2021 infringe la STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, caso Santoro y demás doctrina citada

Es cierto que la disposición adicional 1ª de la Ley 20/2021 establece la responsabilidad de las Administraciones públicas como consecuencia de las irregularidades cometidas en la contratación temporal, pero se trata de una declaración programática, sin efecto práctico alguno, por cuanto que la Ley no tipifica infracción alguna y, por un lado, en nuestro ordenamiento jurídico el principio de legalidad impide imponer sanciones no tipificadas en una norma con rango legal y, por otro lado, en el régimen disciplinario vigente, no existe ningún tipo legal que pueda aplicarse a estas irregularidades, como lo demuestra el hecho de que, pese a los niveles de abuso existentes en nuestro país en el Sector público,

ni una sola autoridad administrativa ha sido sancionada hasta ahora por abusar de los contratos con su personal temporal

3) En tercer lugar, porque la indemnización prevista en la Ley 20/2021 infringe el principio de equivalencia, de conformidad con el cual, las personas que invocan “*los derechos conferidos por el Ordenamiento jurídico de la Unión no deben caer en situación de desventaja respecto de aquellos que invocan derechos de carácter puramente interno*”.

En este sentido, el TJUE ya tiene dicho que, al elegir la solución adecuada para garantizar el cumplimiento de los objetivos de una Directiva, los Estados miembros deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones que tengan una índole y una importancia similares (vid. STJUE de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88; y de 22 de abril de 1997, asunto C-180/95, apartado 29).

Pues bien, el Reino de España vulnera este principio de equivalencia, al menos, en tres sentidos:

a). Primeramente, porque, aplicando el Derecho interno, la Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para el 2021, en su Disposición Final 31, modifica en su art 87.3 de la Ley 40/2015, del Sector Público, estableciendo que, en caso de que una entidad pública empresarial o agencia estatal privada, se transforme en una entidad pública, su personal podrá ejercer funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo, con la condición de a extinguir.

Se vulnera el principio de equivalencia, en el momento que —aplicando el derecho interno—, los trabajadores privados de empresas sujetas a derecho privado, que han sido seleccionados conforme al derecho privado sin proceso publico alguno, puedan permanecer en el sector público con la condición de a extinguir, y que por el contrario —aplicado el derecho comunitario—, los empleados públicos temporales/interinos que siempre han trabajado en el sector público y fueron seleccionados por procedimientos públicos de libre concurrencia, no pueden permanecer en el sector público con la condición de a extinguir

b). Segundo, porque el art 15 del Estatuto de los Trabajadores, incluso antes de la entrada en vigor de la Directiva 1999/70/CE y, por tanto, aplicando únicamente el Derecho interno, ya preveía la conversión en fijos de los trabajadores temporales que llevaran trabajando para el mismo empresario más de 24 meses.

Así, es el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo —por tanto antes de aprobarse la Directiva 1999/70— el que modifica el art 15 del Estatuto de los Trabajadores, introduciendo en su apartado 5 que los trabajadores que lleven más de 24 meses trabajando para el mismo empresario pasan a ser

fijos, diciendo este Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, 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".

No sancionar el abuso en el sector público con la misma sanción que en el sector privado, cuando este aplicaba la Normativa interna, vulnera el principio de equivalencia.

c). Tercero, porque en los casos de responsabilidad patrimonial pública en los que las Administraciones públicas deben indemnizar por los daños, perjuicios y lesiones causadas a los ciudadanos y a terceros, los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, consagran el principio de reparación integral, que obliga a las Administraciones públicas a compensar, sin limitación alguna, todos los daños y perjuicios derivados de la actuación administrativa. Y lo mismo establece el Código Civil en el caso de responsabilidades civiles indemnizatorias privadas entre particulares.

Sin embargo, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, vulnerando el principio de equivalencia, establece restricciones para sancionar los abusos incompatibles con la Cláusula 5 del Acuerdo marco, indicando que, estas indemnizaciones o compensaciones solamente pueden alcanzar los 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades, cualquiera que sea el alcance de los perjuicios sufridos.

**4)** En cuarto lugar, porque la indemnización de 20 días por año de servicio con un límite máximo de 12 mensualidades vulnera el principio de compensación adecuada e íntegra de los perjuicios causados (vid. STJUE Marshall, asunto C-271/91, apartado 26 y Paquay, asunto C-460/06, apartado 46), de conformidad con el cual: (i) de una parte, la gravedad de las sanciones deberá adecuarse a la gravedad de las infracciones que se castiga, garantizando un efecto realmente disuasorio (vid. STJUE de 25 de abril de 2013, C-81/12, apartado 63); (ii) debe tener en cuenta el comportamiento reincidente de la Administración empleadora (vid. STJUE de 25 de abril de 2013, C-81/12, apartado 67); (iii) además, la indemnización no puede ser meramente simbólica, sino que debe constituir un resarcimiento adecuado e integral de los daños sufridos, de tal forma que si un Estado miembro elige sancionar una obligación del derecho de la Unión mediante la concesión de una indemnización, esta debe ser eficaz y tener un efecto disuasorio adecuado en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios sufridos por la víctima (vid. STJUE 17 de diciembre de 2015, C-407/14, apartado 33).

Como dice la Abogada General de la UE en sus conclusiones de 26 de octubre de 2017, asunto C-494/16, caso Santoro, “*esta estandarización de las sanciones, en lugar de permitir evitar la reincidencia, puede favorecerla, por el hecho de que exista un tope universal que no se puede rebasar, independientemente del carácter recurrente de los abusos. Considero, al igual que la Comisión, que la desproporción entre el alcance potencial del abuso que puede haber tenido consecuencias a lo largo de varios años y la indemnización global de un máximo de 12 mensualidades de la retribución, puede debilitar el efecto disuasorio de las medidas sancionadoras*”.

El principio de reparación integral, exige que se compensen la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima del abuso, por lo que no puede limitarse la compensación a esta indemnización simbólica de 20 días, sin tomar en consideración la totalidad de los perjuicios sufridos por la víctima de un abuso, como pueden ser:

- la pérdida de oportunidades, concepto que se utiliza en la STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto Santoro;
- la imposibilidad de adquirir la estabilidad en el empleo al no convocarse en los plazos legales, procesos selectivos por parte de las Administraciones empleadoras, ni de promocionarse y ascender dentro del ámbito administrativo;
- el lucro cesante, pues TJUE tiene dicho también que “la exclusión total en concepto de daño reparable, de lucro cesante, no puede admitirse en caso de violación del Derecho comunitario, ya que tal exclusión total del lucro cesante puede imposibilitar, en la práctica, la reparación del daño” (vid. STJUE de 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93, apartado 87; y de 8 de marzo de 2001, C-397/98 y C-410/98, apartado 91).
- los daños morales que van inherentes a toda situación de precariedad en el empleo por lo que tiene de zozobra, inseguridad, coacción o precariedad personal, familiar o social,
- el cese de la víctima de un abuso, en condiciones de edad y de sexo (por ejemplo, mujeres mayores de 50 años), para los que no existe un mercado laboral alternativo;
- o la minoración de las pensiones de jubilación, por infra-cotización o inexistencia de cotizaciones

Desde esta perspectiva, establecer una única indemnización global de 20 días por año de servicio y, además, con un límite de 12 mensualidades, vulnera el principio de reparación integral de los perjuicios efectivamente sufridos, en cuanto que, aplicando, mutatis mutandi, lo que establece el TJUE en sus sentencias de 21 de noviembre de 2018 y de 22 de enero de 2020, asunto C-177/18, las indemnizaciones como ésta, únicamente compensan el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa distinta que no estaba prevista en el

momento la celebración del contrato o nombramiento, ya que supuestamente al interino se le nombra para realizar una sustitución puntual o cubrir una vacante urgente y excepcional, hasta que la plaza se provea a través de los procesos selectivos pertinentes en los plazos reglamentarios, y sin embargo, el temporal nombrado permanece prestando servicios a la Administración más allá de los plazos normales que justificaron su nombramiento, generando una expectativas legítimas por parte del empleado público temporal en lo que respecta a la permanencia y estabilización de su relación de empleo, que es lo único que se compensaría a través de esta indemnización de 20 días por año de servicio.

**5) En quinto lugar**, porque el Derecho de la Unión prohíbe tajantemente que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de una obligación del Derecho de la Unión Europea esté limitada por un tope máximo fijado a priori (vid. en este sentido, STJUE de 2 de agosto de 1993, asunto C-271/91, caso Marshall y STJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14, caso Arjona Camacho).

Como dice la STJUE de 2 de agosto de 1993, caso Marshall, *“el Derecho de la UE se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de un despido esté limitada por un tope máximo fijado a priori”*.

Pues bien, la compensación que se fija en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, está limitada por un doble tope máximo fijado a priori.

- (i) Se establece en 20 días por año de servicio
- (ii) Fija un máximo de 12 mensualidades,

Con ello se vulnera, además, el principio de proporcionalidad, pues no se compensan ni indemnizan los abusos que se producen a partir de los 15 años de servicios en régimen de abuso en la temporalidad.

**6) En sexto lugar**, porque la indemnización de 20 días por año de servicio, prevista en la Ley española, además, conlleva un incumplimiento flagrante del Componente 11 del Plan de Resiliencia,

En efecto, en el Componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia remitido por España a la UE —presentado el 30 de abril de 2021 ante la Comisión Europea, que aprueba su contenido el 16 de junio de 2021—, bajo la rúbrica de Modernización de las Administraciones Públicas, se fijaba como uno de los objetivos de la reforma de las Administraciones Públicas, el de *“favorecer la transición hacia los contratos indefinidos”*, para reducir el excesivo nivel de temporalidad existente en el Sector público español (vid pag 5 del Componente 11).

En el mismo Componente 11, pag 28, se indicaba que esta transición hacia los contratos indefinidos se efectuaría sin coste económico alguno, indicándose que esta reforma *“no tenía asignación en el presupuesto, ni ayudas del Estado”*.

Sin embargo, tan solo un mes después de aprobarse el Plan por la Comisión Europea, el Reino de España promulga el Real Decreto-Ley 14/21, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de temporalidad en el sector público, en el que se prevén unas indemnizaciones de 20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades, para el personal temporal del Sector público, que sea cesado como consecuencia de no superar los procesos selectivos que en dicho RDL se articulan

En la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, que sustituye al RDL 14/21, igualmente se mantienen estas indemnizaciones de 20 días por año de servicio, con un tope de 12 mensualidades, a favor de los empleados públicos temporales víctimas de un abuso que sean cesados.

Por lo tanto, es obvio que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia nace ya viciado y va a ser radicalmente incumplido por el Reino de España, pues *“la transición hacia los contratos indefinidos”*, va a conllevar necesariamente —por mandato legal del RDL 14/21 y de la LEY 20/2021— incremento de gasto público en forma de indemnizaciones a abonar a los empleados públicos temporales víctima de un abuso que sean cesados, pese a que, en el Plan se indicaba que esta reforma *“no tenía asignación en el presupuesto, ni conllevaba ayudas del Estado”*.

Nos encontramos ante una clara simulación, cometida por las autoridades españolas, basada en un compromiso recogido en el Componente 11 del Plan de Resiliencia de España, que este país es consciente de que no va a cumplir, y así se encarga de hacerlo, aprobando, después de la presentación y aprobación del Plan de Resiliencia en Europa, de una legislación a través de la cual se obliga a indemnizar a los empleados Públicos temporales víctimas de un abuso incompatible con la Directiva 1999/70/CE que sean cesados en sus puestos de trabajo

Por todas estas razones, se plantean al TJUE las cuestiones NOVENA, DECIMA, DECIMO PRIMERA, Y DECIMO SEGUNDA

#### **6.7.- Opinión del Magistrado proponente sobre la cuestión.**

Aunque el criterio que sigue este Magistrado sobre las cuestiones planteadas, resulta evidente a tenor de lo expuesto, se entiende conveniente hacer hincapié en lo siguiente:

.- A mi criterio, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no se ajusta a la Directiva 1999/70/CE, ni tampoco a la jurisprudencia de TJUE que la interpreta. De hecho, el TJUE ha ido cuestionando la jurisprudencia emanada de la Sala 3a del Tribunal Supremo y éste no ha tenido otra opción que irse adaptando a la jurisprudencia del TJUE. Adaptación que en algunos momentos le ha resultado difícil o penosa por verse obligado a modificar sus criterios establecidos (STS-649/2021, 28-06-2021 - Rec. 3263/2019)

.- La Ley 20/21 tampoco respeta la Directiva ni la interpretación del TJUE sobre la misma. Dejamos de lado la evidencia de que resulta previsible que dicha Ley será un notorio fracaso, por cuanto la administración pública española es incapaz de reconducir la situación de precariedad que afecta a más de 1 millón de funcionarios, en el breve plazo de dos años y medio, y ello por múltiples razones: enormidad del problema; falta de medios; falta de voluntad política en niveles medios y bajos de la propia administración; inercia y elefantismo administrativo, acomodación a la situación actual, etc.

También dejamos de lado la evidencia de que dicha Ley no es más que un intento de “salvar la cara” ante la presión que vienen ejerciendo los colectivos afectados y sindicatos para intentar remediar su situación e intentar acallar o demorar el estallido de un conflicto social que puede tener grandes o graves repercusiones. Tan evidente es todo ello que la propia Ley prevé en su Disposición Adicional 17 los efectos de su incumplimiento

Más concretamente en la Ley 20/21:

.- No se advierte dónde se encuentra el elemento sancionador en relación con situaciones consolidadas de fraude y no vemos cómo es posible entender que la convocatoria de procesos selectivos equivale a sanción.

.- Infringe el principio de equivalencia entre empleados públicos y privados. Téngase en cuenta lo dicho sobre la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado.

.- Infringe el principio de igualdad entre trabajadores, reconocido en la Directiva. En efecto, el funcionario interino realiza exactamente las mismas funciones que el funcionario que ha obtenido plaza fija. A pesar de realizar el mismo trabajo sufre una notoria disminución de derechos.

.- Perpetúa una situación de abuso, cuando es exigencia del TJUE que la sanción sea inmediata (STJUE 19 de marzo de 2020). La convocatoria “ad futurum” de procesos de selección de personal no hace más que perpetuar la situación que la Directiva quiere evitar.

.- La indemnización de 20 días por año trabajado en caso de cese, no es ningún tipo de sanción, es una indemnización por el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral (STJUE 21/11/18).

A mi modesto criterio, la única solución válida para intentar resolver el problema planteado es rogar al TJUE deje de pronunciarse de forma “negativa” sobre las diferentes soluciones que viene dando el TS a la problemática en el sentido de dejar de indicar lo que no es posible y pasar a resolver de forma “positiva” la cuestión, es decir indicar con la mayor claridad y precisión posibles cual es la solución adecuada al problema.

Desgraciadamente, el TJUE ni en la sentencia de 14 septiembre 2016, ni tampoco en las posteriores y más recientes de 21 de noviembre de 2018 (C-245/17), 22 de enero de 2020 (Gran Sala) (Baldonado Martín c. Ayuntamiento de Madrid; asunto C-177/18), ni en las de la Sala Segunda de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y 429/18), se limita a poner de relieve la incompatibilidad de la normativa nacional[,] que no articula mecanismos eficaces para prevenir el abuso en la temporalidad del empleo público, a señalar la legislación española como un mal ejemplo de esta cuestión, a razonar que la solución no necesariamente tiene que ser la misma en el ámbito laboral o en el funcional, bastando con que se dicten medidas equivalentes. En todos los casos nos dice lo que no se debe hacer, pero no dice lo que hay que hacer.

Todos los pronunciamientos “negativos” que ido formulando el TJUE sobre esta materia no han hecho sino incrementar la litigiosidad hasta magnitudes espectaculares, y con ello aumentar la confusión entre los profesionales y los afectados. La nueva Ley 20/21 no hará más que agravar la situación dada sus manifiestas carencias y nos llevará a niveles de litigiosidad desconocidos hasta la fecha.

Por ello, ante la manifiesta imposibilidad de las autoridades y tribunales españoles de hallar una solución válida y eficaz al problema, ahora es un buen momento para que el TJUE nos indique el camino que definitivamente permita encontrar una solución “clara” y “útil” al problema

Como quiera que la medida sancionadora consistente en la adquisición de la condición de funcionario de carrera choca frontalmente con la normativa nacional, que solo permite adquirir esta condición a quienes superen un proceso selectivo convocado específicamente para adquirir esta condición, en un intento de compatibilizar las obligaciones que resultan al Derecho comunitario con el Derecho interno, este Juzgado ha entendido y entiende que la medida sancionadora pasaría por conferir estabilidad en el empleo a los funcionarios interinos víctimas de un abuso, pero sin adquirir la condición de funcionario de carrera, en una interpretación del Derecho nacional conforme o acorde con el Derecho comunitario ya que, la Normativa nacional solo prohíbe adquirir la condición de funcionarios de carrera a quienes no han superado un proceso selectivo (vid art 62 EBEP), y en este caso, el funcionario interino no adquiere la condición de funcionario de carrera, aunque se le sujeta a los mismos derechos que a estos últimos, en especial al derecho a no ser cesado o despedido sino por las mismas causas que rigen para el personal de carrera comparable.

En definitiva, cuando el nombramiento es fraudulento, en cuanto se destina al funcionario interino a atender, de hecho, a necesidades que no son provisionales, ni excepcionales, ni puntuales, sino a atender necesidades ordinarias, indefinidas y estables, que son propias de los funcionarios de carrera, al no concurrir las causas específicas de la temporalidad/interinidad, las únicas causas de cese aplicables serían y deben ser las previstas en la legislación interna para los funcionarios de carrera comparables, en cuanto son las únicas adecuadas a la causa real que dio

lugar al nombramiento del interino y al contenido real de la relación mantenida y de los servicios prestados, aunque sin adquirir el interino la condición de funcionario de carrera.

Lo que no es obstáculo para que el funcionario de carrera mantenga un estatus superior que le confiere preferencia en determinadas condiciones de trabajo, por ejemplo, mayor puntuación o mérito en orden a los traslados, a la promoción profesional, a los ascensos, a las comisiones de servicios y en todos los procesos de concurrencia competitiva; y exclusividad en otras, como es la de la movilidad a otras Administraciones Públicas, de la que estarían excluidos los equiparables.

Avala esta conclusión la propia Resolución del Parlamento Europeo de 31 de mayo de 2018 (2018/2600 RSP), en la que se indica en su considerando 18 que *“la transformación de la relación temporal sucesiva en el sector público en un contrato fijo debe considerarse la medida más idónea para prevenir y sancionar de manera efectiva el abuso de la contratación temporal”*.

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

### **PARTE DISPOSITIVA**

Se formulan al Tribunal de Justicia de la UE en virtud del art 267 TFUE y del art. 104.2 del Reglamento de Procedimiento del TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

**PRIMERA.-** Si las medidas acordadas en sus SSTs n° 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, cuyo criterio se mantiene hasta el día de hoy ( 30 de noviembre de 2021, ) —consistentes en mantener al empleado público víctima de un abuso en el mismo régimen de precariedad abusiva en el empleo hasta que la Administración empleadora determine si existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos para cubrir la plaza con empleados públicos fijos o de carrera—, son medidas que cumplen con los requisitos sancionadores de la Cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70

O si por el contrario, estas medidas dan lugar a la perpetuación de la precariedad y de desprotección hasta que la Administración empleadora aleatoriamente decida convocar un proceso selectivo para cubrir su plaza con un empleado fijo, cuyo resultado es incierto, pues estos procesos también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso, son medidas que no pueden ser concebidas

como medidas sancionadoras disuasorias a los efectos de la Cláusula 5 del Acuerdo marco, ni que garanticen el cumplimiento de sus objetivos.

**SEGUNDA.**- Cuando un órgano jurisdiccional nacional, en cumplimiento de su obligación de sancionar, en todo caso, el abuso constatado (la sanción es “indispensable e “inmediata”), llega a la conclusión de que el principio de interpretación conforme no permite garantizar el efecto útil de la Directiva sin incurrir en una interpretación “contra lege” del Derecho interno, precisamente porque el ordenamiento interno del Estado miembro no ha incorporado ninguna medida sancionadora para aplicar la cláusula 5 del Acuerdo marco en el sector público;

¿Debe aplicar las consideraciones de la Sentencia Egenberger, de 17 de abril de 2018, o de la Sentencia (de la Gran Sala), de 15 de abril de 2008, n.º C-268/2006, de forma que los arts. 21 y 47 de la Carta de Derechos de la Unión Europea permitirían una exclusión de las disposiciones del Derecho interno que impidan garantizar la plena efectividad de la Directiva 1999/70/CE, aún cuando tengan rango constitucional?

¿En consecuencia, debe procederse a la conversión de la relación temporal de carácter abusivo en una relación fija, idéntica o equiparable a la de los funcionarios fijos comparables, dotando de estabilidad en el empleo a la víctima del abuso, para evitar que este abuso quede sin sanción y que se socaven los objetivos y el efecto útil de dicha Cláusula 5 del Acuerdo, aunque esa transformación esté prohibida por la Normativa interna, doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o pudiera ser contraria a la Constitución española?.

**TERCERA.**- Si habiendo dictaminado el TJUE en sus sentencias de 25/10/2018, C-331/17, y de 13/1/2022, C-382/19, que la Cláusula 5 del Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que excluye a determinados empleados públicos de la aplicación de las normas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, si no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione dicha medida abusiva, y no existiendo en la Legislación española ninguna medida para sancionar el abuso en el sector público aplicable al personal temporal recurrente,

Si la aplicación de esta doctrina del TJUE y del principio comunitario de equivalencia obliga a transformar a los empleados públicos temporales víctimas de un abuso en empleados públicos fijos o de carrera, sujetándolos a las mismas causas de cese y extinción de la relación de empleo que rigen para estos últimos, en tanto que en el sector privado, el art 15 del Estatuto de los Trabajadores obliga a transformar en fijos a los trabajadores temporales que llevan más de 24 meses, en un periodo de 30, de servicios continuados con el mismo empresario, y en cuanto el art 83.3 de la ley 40/2015, del Sector Público, en su redacción dada por la Ley 11/2020, de presupuestos generales del Estado para 2021, aplicando el derecho nacional, permite que los trabajadores privados de empresas y entidades que pasen al sector público puedan desempeñar las mismas funciones que los

funcionarios de carrera con la condición a extinguir y, por tanto, sujetándolos a las mismas causas de cese que a estos últimos

**CUARTA** -Teniendo en cuenta que las condiciones relacionadas con la extinción de la relación de empleo y los requisitos de finalización de un contrato de trabajo forman parte de las “condiciones de trabajo” incluidas en la cláusula 4 del Acuerdo marco, según las SSTJUE del 13\*3/2014, asunto C38/13, caso Nierodzik, apartados 27 y 29; y de 14/9/20116 asunto C-596, caso Ana de Diego Porras apartados 30 y 31),

En caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea negativa, se interesa que, por el TJUE, se determine si la estabilización del personal público temporal víctima de un abuso, aplicándole las mismas causas de cese y de despido que rigen para los funcionarios de carrera o empleados fijos comparables, sin adquirir esta condición, es una medida de obligado cumplimiento por las autoridades nacionales en aplicación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco de la Directiva 1999/70 y del principio de interpretación conforme, toda vez que la legislación nacional solo prohíbe adquirir la condición de empleados fijos o de carrera a quienes no cumplen determinados requisitos, y la estabilización de este personal en los términos indicados no conlleva la adquisición de esta condición.

**QUINTA**.- En tanto que el art 15 del Estatuto de los Trabajadores establece un plazo máximo de duración de los contratos temporales de dos años, entendiéndose que, vencido este plazo, la necesidad cubierta ya no es provisional, ni excepcional, sino ordinaria y estable, obligando en el sector privado a los empresarios a transformar la relación temporal en una relación indefinida, y en tanto que el art. 10 del EBEP, en el sector público, obliga a incluir las plazas vacantes servidas por personal interino/temporal en la Oferta Pública de Empleo del año de nombramiento y, si no fuera posible, esto es en el plazo máximo de 2 años, en la del año siguiente, al objeto de que la plaza se provea por un funcionario fijo o de carrera,

Si debe concluirse que el abuso en la contratación temporal sucesiva en el sector público se produce desde el momento en el que la Administración empleadora, no prevé la plaza servida por un empleado público temporal con un empleado fijo o de carrera en los plazos que establece la normativa nacional, esto es, mediante su inclusión de la misma en una Oferta Pública de Empleo en el plazo máximo de dos años a contar desde el nombramiento del empleado interino/ temporal, con obligación de cesarle mediante la ejecución de esa Oferta Pública de Empleo en el plazo máximo de tres años que establece el art 70 del EBEP

**SEXTA**.- Si la Ley española 20/2021, de 28 de diciembre, vulnera los principios comunitarios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras recogidos, entre otros, en el art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, pues prevé, como sanción al abuso en la temporalidad, procesos selectivos que se aplican aunque las acciones u omisiones constitutivas de la infracción —y

por tanto del abuso— y su denuncia, se produjeron y consumaron con anterioridad —años antes— a la promulgación de Ley 20/2021

**SEPTIMA.-** Si la Ley 20/2021, al prever como medida sancionadora la convocatoria de procesos selectivos, y una indemnización solo a favor de las víctimas de un abuso que no superen dicho proceso selectivo, infringe la Cláusula 5 del Acuerdo Marco y la Directiva 1999/70/CE, pues deja sin sancionar los abusos producidos respecto de los empleados públicos temporales que hayan superado dicho proceso selectivo, cuando lo cierto es que la sanción es siempre indispensable y la superación de dicho proceso selectivo no es una medida sancionadora que cumpla con los requisitos del Directiva, como dice el TJUE en su Auto de 2 de junio de 2021, caso C-103/2019.

O lo que es lo mismo, si la Ley 20/2021, al limitar el reconocimiento de la indemnización al personal víctima de abuso que no supere el proceso selectivo, excluyendo de dicho derecho a los empleados que han sido objeto de abuso y que han obtenido la condición de personal fijo posteriormente, a través de tales procesos selectivos; infringe la Directiva 1999/70/CE y, en particular, lo dispuesto por el ATJUE de 2 de junio de 2021, apartado 45, de acuerdo con el cual si bien la organización de procesos selectivos abiertos a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada permite a estos últimos aspirar a obtener un puesto permanente y estable y, por tanto, el acceso a la condición de personal público fijo, ello no exime a Estados miembros de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada.

**OCTAVA.-** Si la Ley 20/2021 al establecer que los procesos selectivos encaminados a reducir la temporalidad en el sector público deben celebrarse en el plazo de tres años, hasta el 31 de diciembre de 2024, y al fijar como sanción una indemnización a percibir en el momento del cese o despido de la víctima de abuso, vulnera la cláusula 5 del Acuerdo marco, a la luz del Auto de TJUE de 9 de febrero de 2017, C-446/2016 o de las SSTJU de 14 de diciembre de 2016, C-16/15, o del 21 de noviembre de 2018, C-619/2017, pues lo que hace es perpetuar o prolongar al empleado víctima de un abuso en esa situación de abuso, de desprotección y de precariedad en el empleo, socavando el efecto útil de la Directiva 1999/70 hasta que finalmente dicho trabajador sea despedido y pueda percibir la compensación indicada.

**NOVENA.-** Si ley 20/2021, vulnera el principio de equivalencia, pues confiere derechos en aplicación de la Directiva que son inferiores a los que resultan del derecho interno, ya que:

- La Ley 11/2020, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, al modificar el art. 87.3 de la Ley 40/20215, aplicando el derecho interno, permite que los trabajadores privados de empresas privadas que pasan al sector público, puedan desempeñar las mismas funciones que los funcionarios de carrera

quedando sujetos a las mismas causas de cese, aunque no hayan superado un proceso selectivo, con la condición a extinguir, mientras que la Ley 20/2021, aplicando el Derecho de la UE, no permite para los trabajadores públicos que han sido seleccionados con arreglo a procesos selectivos sujetos a principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia, continúen desempeñando la misma funciones que los funcionarios de carrera, quedando sujetos a las mismas causas de cese.

- El art. 15 del Estatuto de los trabajadores, en su redacción dada por la Ley 1/1995, de 24 de marzo, esto es, antes de la promulgación de la Directiva 1999/70, permite —en aplicación del derecho interno— la transformación en fijos de los trabajadores privados que lleven más de 2 años trabajando para el mismo empresario, mientras que aplicando la Directiva, a los trabajadores públicos víctimas de un abuso solo se les indemniza con 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades, esténdoles vedada la conversión.

- Los art. 32 y ss. de la Ley 40/2015, del Sector público, que consagran el principio de reparación integral, que obliga a las Administraciones a compensar todos los daños y perjuicios causados a las víctimas de su actuación, y sin embargo, aplicando el derecho comunitario, la indemnización a favor de las víctimas de un abuso está limitada a apriorísticamente, tanto en su cuantía —20 días por año de servicio—, como en el tiempo -12 mensualidades.

**DÉCIMA.-** Si la Ley 20/2021, al establecer como única medida sancionadora real una indemnización de 20 días por año de servicio a favor de las víctimas de un abuso, que no hayan superado el proceso selectivo, vulnera la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia 7 de marzo de 2018, asunto Santoro, según la cual en el sector público, para dar cumplimiento de la Directiva, no basta con una indemnización, sino que ésta debe de ir acompañada de otras medidas sancionadoras adicionales, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

**DECIMO PRIMERA.-** Si la Ley 20/2021 al fijar las indemnizaciones favor de la víctimas que no superen un proceso selectivo, en 20 días por año de servicio, con un límite de 12 mensualidades, vulnera los principios comunitarios de compensación adecuada en íntegra y de proporcionalidad, al excluir el lucro cesante, y otros conceptos indemnizatorios o compensatorios, como son, por ejemplo, los derivados de la pérdida de oportunidades (concepto que utiliza la STJUE Santoro); de la imposibilidad de adquirir la condición de fijos al no convocarse procesos selectivos en los plazos fijados por la normativa interna o no poder promocionarse, ni ascender; de daños morales derivados de la falta de protección que deriva toda situación de precariedad en el empleo; de un cese de la víctima de un abuso, en condiciones de edad y de sexo (por ejemplo, mujeres mayores de 50 años) en los que no existe un mercado de trabajo alternativo; o de la minoración de las pensiones de jubilación.?

**DECIMO SEGUNDA.-** Si la Ley 20/2021, al establecer una indemnización topada de 20 días por año de servicio y 12 mensualidades, vulnera la normativa

comunitaria, a la luz de la STJUE de 2 de agosto de 1993, C-271/91, caso Marshall, y de 17 de diciembre de 2015 C-407/14, caso Arjona, según las cuales el Derecho de la Unión se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa de un despido este limitada por un tope máximo fijado a priori

[OMISSIS] [Fórmula procesal de cierre y firma del juez]