



Roj: **STSJ MU 849/2021 - ECLI:ES:TSJMU:2021:849**

Id Cendoj: **30030330012021100181**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2021**

Nº de Recurso: **15/2021**

Nº de Resolución: **184/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA CONSUELO URIS LLORET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/AD**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00184/2021**

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

N56820

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5 -

N.I.G: 30030 45 3 2019 0003075

**Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000015 /2021**

Sobre: FUNCION PUBLICA

De D./ña. Natividad

Representación D./Dª. JOSE DIEGO CASTILLO GOMEZ

Contra D./Dª. AYUNTAMIENTO DE MURCIA

Representación D./Dª.

**ROLLO DE APELACION núm. 15/2021**

**SENTENCIA núm. 184/2021**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

Compuesta por los Ilmos. Srs.:

Dña. María Consuelo Uris Lloret

**Presidente**

Dña. Leonor Alonso Díaz- Marta

Dña. Ascensión Martín Sánchez

D. José María Pérez- Crespo Payá

D. Indalecio Cassinello Gómez- Pardo

Dña. María Esperanza Sánchez de la Vega

Dña. Gema Quintanilla Navarro

Dña. Pilar Rubio Berna



## Magistrados

ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA nº 184/21**

En Murcia, a siete de mayo de dos mil veintiuno

En el rollo de apelación nº **15/2021** seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia nº 175/2020, de 22 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Murcia, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 447/2019, tramitado por las normas del procedimiento abreviado, en cuantía indeterminada, en el que figuran como **parte apelante Dña. Natividad**, representada por el Procurador D. José Diego Castillo Gómez y dirigida por el Letrado D. Antonio Corbalán Maiquez, y como **parte apelada el Ayuntamiento de Murcia, representado y dirigido por el/la Letrado/a de su Servicio Jurídico**, sobre función pública; siendo Ponente la Magistrada **Ilma. Sra. Dña. María Consuelo Uris Lloret**, quien expresa la opinión mayoritaria de la Sala.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.** - Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Murcia, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a las partes apeladas para que formalizaran su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia.

Se señaló para la votación y fallo el día 23 de abril de 2021, en que la Presidencia de la Sala dictó providencia acordando, en uso de las facultades que le otorga el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en atención a la trascendencia de la cuestión debatida en este proceso, someter su conocimiento al Pleno de la Sala, señalándose a tal efecto el día 30 de abril de 2021.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** - El recurso contencioso administrativo se interpuso por Dña. Natividad contra resolución del Teniente de Alcalde y Delegado de Seguridad Ciudadana y Gestión Económica del Ayuntamiento de Murcia de 25 de junio de 2019, por la que se desestima la reclamación formulada por la recurrente -conjuntamente con otras personas- en fecha 31 de mayo de 2019. Los interesados, funcionarios/as interinos/as, a excepción de una de ellas, personal laboral, solicitaron lo siguiente:

"1º) Que por aplicación de la Directiva 1999/70/CE, se proceda al Nombramiento de Funcionarios de carrera de ... Dña. Natividad ..., actualmente funcionarios interinos de este Ayuntamiento.

(...)

2º) Que con carácter subsidiario, y para el caso de que no sean nombrados con el mismo nombre de funcionarios de carrera ... Doña Natividad ... sean nombrados con otro nombre pero siempre equiparables a los funcionarios de carrera, con la misma fijeza y las mismas e idénticas condiciones que aquellos.

(...)

3º) Finalmente, y solamente para el supuesto de ser rechazadas las dos anteriores peticiones referidas a los nombramientos reclamados, se les considere a todos (tanto los funcionarios interinos como el personal laboral), como propietarios de la plaza que actualmente ocupan en el Ayuntamiento.

En cualquier caso, se solicita una indemnización por daños morales por el abuso en la relación temporal sucesiva y, que, a la fecha de hoy todavía continúan produciéndose".

Mediante otrosí solicitaban, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de la oferta de empleo público de 2015 hasta tanto se solventara la reclamación, y, subsidiariamente, que se excluyeran de dicho procedimiento las plazas convocadas y vinculadas a los puestos de trabajo del personal reclamante.

La demandante interpuso recurso contencioso administrativo contra la citada resolución junto con otras dos personas, si bien en el procedimiento abreviado nº 336/2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia se dictó Diligencia de Ordenación en fecha 11 de noviembre de 2019 requiriendo a los demandantes para que formularan los recursos por separado.



En el que nos ocupa, la actora aportó, entre otros documentos, resolución de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia de 6 de junio de 2007, por la que se acordó nombrarla para el cargo de Arquitecto Técnico, en calidad de funcionaria interina para su adscripción al Servicio de Vía Pública. En el mismo acto se acordaba que el nombramiento estaba limitado a "la fecha de toma de posesión de quien resulte nombrado en propiedad la plaza vacante o reingreso al puesto del titular del mismo". Se fijaban los efectos del nombramiento en el día 1 de julio de 2007. Consta que la recurrente continúa desempeñando dicho puesto en el mismo régimen, al menos así era en la fecha de interposición del presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.** - La sentencia apelada expone en su fundamento de derecho segundo lo alegado en la demanda y en la contestación:

<<SEGUNDO. - En el suplico de la demanda presentada se reitera lo reclamado en sede administrativa.

La demanda (al igual que la ya resuelta por este juzgado en el PA 352/2019, sentencia de 2 de septiembre de 2020) empieza diciendo que la recurrente es funcionaria interina del AYUNTAMIENTO DE MURCIA que ocupa puesto de trabajo de carácter estructural. Si bien fue nombrada por una causa temporal, ha prolongado su relación con la Administración encadenando nombramientos temporales, calificables como fraudulentos, con vulneración de lo dispuesto en el art. 70.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y abuso de la temporalidad ya que las tareas o servicios que realizan en sus puestos no son temporales, extraordinarias, esporádicas o coyunturales sino de naturaleza estructural.

A continuación, la demanda se refiere al alto índice de temporalidad en el Ayuntamiento demandado, 33%; a la falta de desarrollo de la oferta de empleo público extraordinaria del año 2015 dentro del plazo de 3 años fijado en ella lo que determina su caducidad; a que la sanción al abuso en la temporalidad es la transformación del funcionario interino en fijo; y a la existencia de dos cuestiones prejudiciales pendientes de resolver ante el TJUE sobre cuál debe ser la sanción al abuso en la temporalidad.

Con relación a la resolución recurrida se alega que, contrariamente a lo que sostiene, 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, es directamente aplicable y que, conforme a ésta la sanción a la temporalidad no puede ser otra que la fijeza en el puesto de trabajo o una situación asimilada a la misma.

Respecto de los daños morales, cuya fijación se deja a criterio del juzgador, su solicitud se funda en que el comportamiento del Ayuntamiento desprecia las condiciones laborales de los trabajadores interinos y su derecho a contar con seguridad en su puesto de trabajo.

El AYUNTAMIENTO DE MURCIA, en primer lugar, reitera los argumentos de la resolución recurrida; así: -que la Directiva 1999/70/CE no impone la obligación de convertir automáticamente al empleado con carácter temporal en funcionario de carrera; -que los principios constitucionales y legales son contrarios a la conversión automática pretendida; -que la normativa y jurisprudencia referida a funcionarios no avala tal solicitud; -y que el actual sistema de acceso al empleo público con carácter definitivo impide la conversión que se solicita.

Después analiza las sentencias del TJUE de 22-1-2020 y 19-3-2020 de las que extrae que: -la Directiva 1999/70/CE no es de aplicación a los casos en que sólo hay un nombramiento, porque no hay "sucesivos contratos", como ocurre con el único nombramiento de D<sup>a</sup>. Natividad ; -las diferencias de trato entre los empleados públicos están justificadas por el tipo de relación, funcional o laboral, con la Administración y ello determina que éstos puedan percibir una indemnización en caso de cese y aquellos no con fundamento en que los funcionarios sí tienen una previsión de cuándo se va a producir su cese ab initio; -siendo los recurrentes funcionarios y no empleados públicos laborales, no procede ninguna consecuencia, a modo de sanción, por una eventual actuación abusiva de la Administración; -conforme al derecho español, no es posible la transformación en funcionarios de carrera de los funcionarios interinos.

Sentado lo anterior, el Ayuntamiento alega: -la inaplicabilidad de la cláusula 5 del Acuerdo Marco recogido en la Directiva 1999/70 a las relaciones objeto de un solo nombramiento; -la inexistencia de abuso en la contratación porque la plaza se cubre por interinidad por vacante y no ha podido ser ofertada antes de 2015 por las limitaciones impuestas por la legislación de presupuestos generales del Estado; ello no obstante, existe un proceso selectivo en marcha referido a la plaza que ocupa que reconoce la experiencia de aquélla; se ha cumplido la legalidad vigente en cada momento; -como consecuencia de lo anterior: la improcedencia de la conversión solicitada; la improcedencia de la indemnización pedida por ausencia de los presupuestos necesarios para fijarla (cese y daños)>>.

**TERCERO.** - Centradas así las cuestiones debatidas, la sentencia examina, en primer lugar, si es de aplicación a la actora la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE relativa a ella, y llega a una conclusión negativa, en atención a los siguientes razonamientos:



<<TERCERO. - Planteado el presente litigio en los términos expuestos en los fundamentos que preceden, su resolución exige decidir, tal y como ya explica la Sentencia de 24 de julio de 2020 del JCA nº 6 de Murcia en el PA 333/19 de dicho juzgado, así como con respecto de una de las funcionarias interinas recurrente en el PA 352/19 de este juzgado, ya resuelto por sentencia de 2 de septiembre de 2020:

-qué relaciones funcionariales, de las referidas en el fundamento primero, están, en su caso, bajo el campo de aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE relativa a ella;

-caso de estarlo, si es posible apreciar o no abuso o fraude en ellas;

-en su caso, cuales han de ser las consecuencias.

CUARTO. -La cláusula 5 del Acuerdo marco dispone:

*"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 sea necesario (sic), 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".*

Tal y como explica la antedicha Sentencia de 24 de julio de 2020 del JCA nº 6 de Murcia y la Sentencia de 2 de septiembre de 2020 de este juzgado "la cláusula tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por el Acuerdo marco, en concreto, imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados.

A tal efecto, la cláusula impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales, a la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada y al número de sus renovaciones, ( STJUE de 14- 9-2016, C-16/15).

La cláusula es aplicable con independencia del régimen contractual-laboral o administrativo-funcionario del empleado temporal, pues se trata, en todo caso, de personal vinculado a un empleador con un contrato o una relación de trabajo de carácter temporal o de duración determinada. En concreto, alcanza a los trabajadores temporales de la Administración o del sector público, ( STJCE de 4-7-2006, C-212/04 y STJCE de 7-9-2006, C-53/04).

Ahora bien, la Directiva se limita a intentar evitar tan sólo el abuso o fraude constituido por su utilización sucesiva o encadenada en relación con un mismo trabajador, con la finalidad de evitar la precarización de los trabajadores asalariados ( STJCE de 4-7-2006, C-212/04). No se aplica, por tanto, a los trabajadores que han celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada, ni siquiera cuando se utiliza para cubrir necesidades permanentes ( STJCE de 23-4-2009, C-378/07, y STJUE 3-7-2014, C-363 y 407/2013).

Así lo dice también, de modo expreso, la STJUE de 22-1-2020, C-177/2018, cuando afirma:

*"70 A este respecto, según reiterada jurisprudencia, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada ( sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04 , EU:C:2005:709 , apartados 41 y 42, y de 26 de enero de 2012, Küçük,*



C-586/10 , EU:C:2012:39 , apartado 45, y auto de 12 de junio de 2019, Aragón Carrasco y otros, C-367/18 , no publicado, EU:C:2019:487 , apartado 55).

71 Se desprende de la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco que corresponde a los Estados miembros determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se consideran «sucesivos» ( sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17 , EU:C:2018:936 , apartado 79, y auto de 12 de junio de 2019, Aragón Carrasco y otros, C-367/18 , no publicado, EU:C:2019:487 , apartado 56).

72 En el caso de autos, el juzgado remitente no proporciona ningún indicio que permita considerar que la Sra. Felicísima haya trabajado para el Ayuntamiento de Madrid en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada.

73 Antes al contrario, ese juzgado afirma que la interesada ha ocupado la misma plaza de forma constante y continuada. Además, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la relación de servicio entre las partes del litigio principal es la primera y única relación de servicio establecida entre ellas.

74 En estas circunstancias, resulta patente que el problema planteado en el marco de la tercera cuestión prejudicial es de naturaleza hipotética. Por consiguiente, debe considerarse que esta cuestión prejudicial es inadmisibile".

Y la STS de 28-5-2020, recurso 5801/2017, cuando dice que:

"Como ya hemos dicho, en el caso de autos, el Sr. Pedro Jesús solo mantuvo un vínculo laboral con la administración, razón por la que no concurre el supuesto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.

Y, finalmente, dado este dato fáctico de una única relación de servicios, consideramos que no debe analizarse la aplicación al caso (1) de la reciente sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18 ; (2) de la doctrina fijada por esta Sala Tercera en dos sentencias el día 26 de septiembre de 2018 ( STS 3251/2018 -ECLI: ES:TS:2018:3251 ), en el recurso 1305/2017, y ( STS 3250/2018 -ECLI: ES:TS:2018:3250 ), en el recurso 785/2017, puesto que las tres se refieren a supuestos de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

Corolario de lo razonado es que la cláusula 5 y la jurisprudencia que la desarrolla no es aplicable, en principio, a la relación funcional de D<sup>a</sup> Natividad con el AYUNTAMIENTO DE MURCIA porque sólo consta un nombramiento de interinidad por vacante. Y decimos en principio porque la duración de aquella, desde 2007, y el tiempo transcurrido hasta que se incluyó la plaza ocupada en la Oferta de Empleo Público municipal, en 2015, permiten albergar dudas sobre el posible carácter abusivo de la misma, debiendo profundizar en lo sucedido".

**CUARTO.** - Esas dudas sobre el carácter abusivo o no de la contratación en régimen de interinidad de la recurrente se resuelven en el fundamento de derecho quinto de la sentencia:

<<QUINTO. - Conforme a lo dicho hasta aquí debemos analizar si en el único nombramiento de D<sup>a</sup> Natividad existió o no abuso o fraude.

El abuso o fraude de ley no se presumen, deben ser probados. La duración de una interinidad, la reiteración de nombramientos o sus prórrogas sucesivas no supone abuso o fraude, pues nada impide que necesidades cuya cobertura la ley permite que sean atendidas a través de este tipo de nombramientos puedan reproducirse a lo largo del tiempo. Identificar excesiva duración de un nombramiento temporal o sucesión de nombramientos con abuso o fraude es aplicar una presunción que el ordenamiento jurídico no ampara.

Respecto de D<sup>a</sup> Natividad , la misma ocupa una plaza desde el 1 de julio de 2007 en virtud de un nombramiento por interinidad por vacante recogida en Decreto de 6-6-2007, siendo en el año 2015 cuando la referida plaza se incluye en la Oferta de Empleo Público del AYUNTAMIENTO DE MURCIA.

Que ello haya ocurrido así y que, respecto de la plaza en cuestión, no se hayan cumplido las previsiones legales de los arts. 10.4 y 70.1, (al tratarse de una vacante), tanto de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público como del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no permite concluir automáticamente la existencia de abuso o fraude.

Y no permite concluirlo porque, como sostiene la parte demandada con apoyo en la STS (Sala 4<sup>a</sup>) de 6-2-2020, recurso 2726/2018, los arts. 23 de las sucesivas Leyes 51/2007, 2/2008, 26/2009, 39/2010, 2/2012, 17/2012, 23/2013 y el art. 21 de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para los años 2008 y siguientes bien limitaron, bien congelaron la oferta de empleo público por la grave crisis económica que sufrió España en esa época, que dio lugar a numerosas disposiciones limitando el gasto público.



Por tanto, está justificado por qué no se incluyó la plaza en una oferta de empleo público hasta el año 2015 y, por ello, no es posible apreciar abuso o fraude como presupuestos de lo que pretende el recurrente.

Y no siendo de aplicación, al presente caso, la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE relativa a ella, ni habiéndose apreciado el fraude o abuso afirmado por la recurrente, procede desestimar la pretensión de la actora de forma íntegra, y entre ellas la pretensión declarativa del derecho a ser reconocida como funcionaria de carrera o como fija, así como cualquier indemnización por daño moral>>.

**QUINTO.** - La representación procesal de la Sra. Natividad formula recurso de apelación contra la sentencia, Alega, en cuanto a la primera cuestión, es decir, la aplicación o no de la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE relativa a ella, que el juez de instancia realiza una errónea interpretación de la citada Directiva ya que en la propia sentencia de 19 de marzo de 2020 del TJUE se dispone lo siguiente:

"Apartado 61: "considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada (...), por la única razón de que el empleado afectado, aun cuando haya sido objeto de varios nombramientos, ha ocupado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo durante varios años y ha ejercido, de manera constante y continuada, las mismas funciones, mientras que el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante y, por ello, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente de año en año, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo."

Apartado 63: "una definición tan restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años (.3», y también tendría como efecto «excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70/CE (...) y también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal"

Apartado 64: "Habida cuenta de las consideraciones anteriores) procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-103118 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha disposición, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo."

Añade la apelante que, en contra de lo argumentado en la sentencia apelada, un empleado público temporal de un único contrato o nombramiento único estará en situación de abuso de la temporalidad, pues su relación se ha renovado implícitamente "de año en año" cuando se incumple por el empleador la obligación legal de organizar en plazo el proceso selectivo. Y en ese sentido se han pronunciado el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Murcia (sentencia de 16 de julio de 2020, PA 387/19 y sentencia de 15 de octubre de 2020, PA 446/19), el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia (sentencia de 29 de junio de 2020, PA 380/19), y el nº 14 de Madrid (sentencia de 29 de junio de 2020, PA 125/17).

Respecto de la segunda cuestión, es decir, si ha existido fraude o abuso en la relación funcional de la apelante con el Ayuntamiento, alega aquélla que igualmente lleva a cabo el juez de instancia una interpretación errónea, pues no incluir en las ofertas de empleo público que cada año deben aprobarse las plazas vacantes desempeñadas por interinos cuya amortización no corresponda o se decida, y que no estén ya en fase de provisión, es una infracción legal patente e injustificable, del artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Y así, resulta evidente que el Ayuntamiento de Murcia ni cumplió con la obligación de ejecutar la oferta de empleo público en el plazo máximo de 3 años previsto en la norma, - para proceder a la cobertura definitiva de la plaza vacante mediante el correspondiente proceso selectivo-, ni amortizó la misma, optando por cubrir dicha vacante con personal temporal, pese a que el artículo 10.1 del EBEP sólo prevé esta figura para supuestos puntuales y coyunturales de «necesidad y urgencia" justificada.



Igualmente es erróneo el argumento del juzgador de instancia de que las correlativas Leyes de Presupuestos para los años 2008 y siguientes "...bien limitaron, bien congelaron la oferta de empleo público por la grave crisis económica que sufrió España en esa época, que dio lugar a numerosas disposiciones limitando el gasto público...", pues desde el año 2007 hasta el año 2012 en el que se *congela* la oferta de empleo público para el año 2012, no consta acreditado por la Administración demandada que se convocara proceso selectivo alguno para cubrir dicha plaza ni que estuviera en concurso de traslado alguno, siendo una plaza estructural. Además, las limitaciones que menciona el juzgador de instancia, referidas a los años 2008 a 2012 ( artículos 23 de la Ley 51/2007, de la Ley 2/2008, de la Ley 26/2009 y de la Ley 39/2010), en todas se dice que, dentro de ese límite se incluirán las plazas ocupadas por interinos contratados en el ejercicio anterior al que se refiere la letra u del apartado 1 del artículo 10 del EBEP.

Y, siendo a partir del año 2012 cuando se "congelan" las ofertas de empleo público y no antes, lo cierto es que las referidas Leyes Presupuestarias ( artículos 23 de la Ley 2/2012 y de la Ley 17/2012; y artículos 21 de la Ley 22/2013 y de la Ley 36/2014) se refieren a incorporación de nuevo personal, lo que no ocurre en el presente caso a juicio de la apelante, pues, en el mismo momento en el que se cubre la plaza por interino es porque está presupuestada y deja de estar vacante para considerarla incluida en la oferta como dice la norma, de modo que o se incluye en la oferta o se amortiza. Añade que en estas normas presupuestarias del periodo 2012 al 2015, no se dice ahora que deben considerarse incluidos los interinos (algo que sí se hacía en las referidas al periodo 2008 al 2012, al decir que dentro de los límites fijados tenían que estar incluidas las de interinos). Además, la Administración empleadora tampoco podría ampararse -que no es este caso, pues, nada se ha acreditado al respecto- en las posibles reducciones de las tasas de reposición de efectivos acordadas en los periodos del año 2007 al 2012, porque ni antes ni después de estas hipotéticas reducciones en las tasas de reposición se convocaron ofertas de empleo público para cubrir las plazas vacantes.

Entiende la apelante que tampoco puede escudarse la Administración en razones internas para vulnerar los derechos que las normas comunitarias reconocen a los empleados públicos, siendo ésta una doctrina pacífica y reiterada del TJUE. Así, como declara en su Sentencia de 22 de abril de 2010, caso ZENTRALBETRIEBSRAT, recaída en el Asunto C-406/08, Apartados 45 y 46; y en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014, Caso MASCOLO, Asunto C-22/13 y otros, Apartado 110, "ni la gestión rigurosa del personal, ni las consideraciones de índole presupuestaria, ni la dificultad o complejidad de crear empleos fijos, pueden justificar una discriminación, ni la falta de medidas de prevención y sanción de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de las Cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco."

Alude la parte apelante, por analogía, y referido a los trabajadores públicos en régimen laboral, a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que a partir de sus sentencias del Pleno de 20 de enero y 21 de enero de 1998 declara que la Administración empleadora está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del puesto de trabajo y extinguir el contrato con el trabajador indefinido no fijo, de tal forma que la convocatoria de la vacante no queda a la voluntad arbitraria de la Administración, pues esa convocatoria, al igual que la actuación administrativa general, está sometida al principio de legalidad. Y, al igual que ocurre con todo ciudadano, cuando se produce una infracción legal tan clara lo que procede es sancionar esta infracción y exigir las correspondientes responsabilidades a la Administración.

Alega, por último, que no es constitucionalmente posible prolongar artificialmente las situaciones de interinidad, pues la defensa a ultranza de la situación de permanencia de los interinos en plazas vacantes que no desempeñen por sustitución no constituye un interés legítimo, ya que supondría un privilegio para los beneficiarios y la quiebra de la igualdad de oportunidades amparada por la Constitución, pues, no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la no convocatoria de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. Invoca la apelante la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 29 de octubre de 2010, recurso 2448/2008.

Concluye la apelante que, en contra del pronunciamiento del juez de instancia, el abuso se ha producido y continúa produciéndose en la relación jurídica temporal que mantiene con el Ayuntamiento de Murcia, si tenemos en cuenta el tiempo que lleva realizando funciones temporales, que no son coyunturales ni excepcionales. Se trata pues, de un abuso en la temporalidad para cubrir un puesto fijo y, por ende, precario, con la calificación de nombramiento en fraude de ley, pues se ha utilizado la figura jurídica de la temporalidad para la realización de funciones y actividades que no tienen la condición de temporales; por lo que, la Entidad Local demandada actúa de manera consciente y con conocimiento de que se está cometiendo una irregularidad en la contratación, por lo que debe tener su actuación las consecuencias previstas en el artículo 6.4 y 7.2 del Código Civil. Según la apelante, es evidente que estamos ante un supuesto en el que no existe una contratación temporal válida, no sólo por la muy dilatada duración (más de 12 años), sino también porque no parece que exista vacante y, sobre todo, la Administración empleadora no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. En consecuencia, existen elementos suficientes



para afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del nombramiento de la interesada, y por lo tanto, para apreciar la existencia de fraude o abuso en la relación funcional que mantiene con el Ayuntamiento de Murcia, y para el caso de que así sea considerado por la Sala, la consecuencia debe ser la de la transformación de una relación temporal abusiva en una relación fija, por ser la medida más acorde y equilibrada para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria y así dar la debida protección a los empleados públicos víctimas del abuso.

Por último, y para el caso de ser estimadas las anteriores argumentaciones, reitera que procede que su relación temporal se transforme en una relación fija. Invoca la normativa y jurisprudencia que considera de aplicación y alega que la convocatoria de la Oferta de empleo público extraordinaria de estabilización del año 2015 en la que está incluida la plaza de la apelante no es una medida adecuada para sancionar el abuso producido, pues, así se establece en la doctrina sentada por la propia sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, en cuyos apartados 97 a 101 expresamente indica que esta medida no se ajusta a la Directiva 1999/70, ni para prevenir la utilización abusiva de las sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, pues su convocatoria dependería de la arbitrariedad del empleador causante del abuso, ni para sancionar estos abusos y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que su aplicación ni tiene efecto negativo para el empleador (apartado 97), ni supone una compensación para las víctimas del abuso, en la medida en que el resultado de los mismos es incierto, al estar tales procesos selectivos abiertos a otros candidatos que no han sido víctimas del abuso, que pudieran participar en el mismo. Luego la circunstancia de que la plaza que ocupa la recurrente haya sido incluida en la Oferta de Empleo Público del 2015 para su futura provisión, no reuniría las notas de proporcionada, efectiva y disuasoria, que exige la jurisprudencia, por lo que no puede ser considerada como una medida sancionadora que cumpla con los requisitos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70, según ha sido interpretada por el TJUE.

Por todo ello, solicita que se revoque la sentencia apelada y se dicte una por la que, estimando el recurso contencioso-administrativo, se declare nula y no conforme a derecho la resolución recurrida, y se reconozca a la apelante el derecho a la condición de empleada pública fija del Ayuntamiento de Murcia.

**SEXTO.** - La representación procesal del Ayuntamiento de Murcia se opone al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. Añade que, de acuerdo con la doctrina del TJUE y la del Tribunal Supremo, la cláusula 5 del Acuerdo Marco no es de aplicación cuando hay una sola relación de trabajo, como sucede en este caso. En ese sentido han resuelto también el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia en sentencia de 22 de octubre de 2020 (PA 377/19), y el nº 7 de Murcia en sentencia de 3 de noviembre de 2020 (PA 331/19). Recuerda también la parte apelada que la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 ha declarado en su decisión 5 que, para el improbable caso de existencia de incompatibilidad entre la normativa nacional y dicha cláusula 5 del Acuerdo Marco, los Tribunales no están obligados a aplicar esta última.

Respecto del abuso o fraude, se remite a lo razonado en la sentencia de instancia, y añade que también existió limitación a la ejecución de las ofertas de empleo público que imposibilitaron legalmente su cumplimiento desde el año 2005: así, el artículo 20 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 o el 22 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, lo que ha sido reconocido también por el mismo Juzgado de instancia en su sentencia de 2 de septiembre de 2020 (PA 352/19) y por el Juzgado nº 6 en sentencia de 22 de octubre de 2020 (PA 377/19).

Alega, asimismo, que, para el improbable supuesto de considerar la aplicación de la Directiva, y el más improbable de apreciar existencia de fraude, no procede, en ningún caso, nombrar fijos o indefinidos a funcionarios interinos, que es lo pretendido por la recurrente, esto es, que se la declare funcionaria de carrera sin haber superado los procesos selectivos requeridos al efecto, porque es funcionaria interina, ya que ello resulta totalmente contrario a nuestro ordenamiento jurídico, por atentar contra los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución y 55 a 61 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público. Su pretensión vulnera el derecho de otros ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad al empleo público, derecho para cuya cesión no es suficiente un supuesto abuso o fraude en la actuación de la Administración. Se refiere la parte apelada al acceso de la recurrente al puesto de trabajo desempeñado, pues lo fue en virtud del orden de puntuación obtenido en la lista de espera, y no por superación de un proceso selectivo conforme al Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local. Y el Tribunal Supremo ya ha descartado tal posibilidad de declaración de fijeza, entre otras, en su sentencia de 26 de septiembre de 2018, Rec. 1305/2017.

Entiende también la parte apelada que, conforme a la doctrina del TJUE, sentencia de 22 de enero de 2020 C-177/2018, no procedería aplicar sanción alguna, pues se prevé distinto régimen jurídico para los empleados laborales y los funcionarios, excluyendo la indemnización por cese para estos. Y, dado que la recurrente, desde



el año 2007, ha tenido una única relación funcional como funcionaria interina por vacante, las reglas de la lógica y de la razón determinan que no se deba fijar ninguna consecuencia a modo de "sanción" de la actuación de la Administración, justificado en que la recurrente prestó sus servicios como empleada sujeta a relación funcional de interinidad por vacante, con conocimiento desde el inicio de la relación de los supuestos en los que procedería su cese, y máxime existiendo un proceso selectivo en marcha encaminado a su cobertura, como también se acreditó en fase de prueba.

Por último, y en cuanto a la indemnización pretendida por la demandante, alega que ya se ha pronunciado sobre esta cuestión el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de septiembre de 2018, Rec. 1305/2017, así como los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Murcia, entre ellos el nº 6 en la sentencia de 24 de julio de 2020.

**SÉPTIMO.** - Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes y fundamentos de la sentencia apelada, en cuanto no sean modificados por la presente resolución.

La primera cuestión que aborda y resuelve la sentencia apelada es la aplicación o no de la Cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Dicha cláusula dispone:

"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 sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

La sentencia apelada razona que no es de aplicación esta Cláusula 5 en el caso enjuiciado, pues la demandante tuvo solo un nombramiento para un puesto de trabajo en régimen de interinidad, no varios sucesivos, y cita la jurisprudencia de aplicación.

La parte apelante discrepa de esta consideración, e invoca la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, en los que se daba respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo nº 8 y el nº 14 de Madrid, respectivamente.

En la primera de ellas se interesaba que por el TJUE se precisara el concepto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada". La sentencia argumenta lo siguiente:

**<<50.** Mediante su primera cuestión prejudicial en el asunto C-103/18, el juzgado remitente *desea obtener precisiones sobre el concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.*

**51.** Del auto de remisión se desprende que esta cuestión se refiere al hecho de que, en ese asunto, el Sr. Cesareo fue nombrado por la Comunidad de Madrid en el marco de una relación de servicio de duración determinada para una plaza vacante hasta su cobertura definitiva, que dicho empleador no respetó el plazo, previsto por la normativa española, para organizar un proceso selectivo destinado a proveer esa plaza de manera definitiva y que, de este modo, la relación de servicio se prolongó durante varios años. De ese auto se deriva además que, en estas circunstancias, debe considerarse que la relación de servicio del interesado se ha prorrogado implícitamente de año en año. Por otra parte, el juzgado remitente precisa que, aun cuando el Sr. Cesareo fue objeto, en noviembre de 1999 y diciembre de 2011, de dos nombramientos por parte de la Comunidad de Madrid, ha desempeñado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo y ha ejercido, de forma constante y continuada, las mismas funciones al servicio de ese empleador.



**52.** De ello se deduce que, mediante su cuestión prejudicial, el juzgado remitente pregunta esencialmente si la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha disposición, comprende una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo.

**53.** A este respecto, debe recordarse que la *cláusula 5 del Acuerdo Marco tiene como finalidad alcanzar uno de los objetivos perseguidos por este, en concreto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados* (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C:2016:679, apartado 26 y jurisprudencia citada).

**54.** En efecto, como se desprende del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo Marco, la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C:2016:679, apartado 27 y jurisprudencia citada).

**55.** Por consiguiente, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de por lo menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C:2016:679, apartado 28 y jurisprudencia citada).

**56.** Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, EU:C:2005:709, apartados 41 y 42; de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, EU:C:2012:39, apartado 45, y de 22 de enero de 2020, Felicísima, C-177/18, EU:C:2020:26, apartado 70).

**57.** *En principio, la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco atribuye a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la facultad de determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o las relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos»* (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 81; de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 79, y de 22 de enero de 2020, Felicísima, C-177/18, EU:C:2020:26, apartado 71).

**58.** Aunque esta decisión de remitir a las autoridades nacionales la determinación de las modalidades concretas de aplicación del término «sucesivos», a efectos del Acuerdo Marco, se explica por el afán de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia, procede no obstante recordar 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 (sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 82).

**59.** En efecto, *los Estados miembros están obligados a garantizar el resultado exigido por el Derecho de la Unión*, tal como se deduce, no solo del artículo 288 TFUE, párrafo tercero, sino también del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, interpretado a la luz del considerando 17 de esta (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 68).

**60.** Los límites a la facultad de apreciación conferida a los Estados miembros, mencionados en el apartado 58 de la presente sentencia, se imponen muy especialmente cuando se trata de un concepto clave, como es el de sucesivas relaciones de servicio, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo Marco (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 83).



**61.** Pues bien, como señaló, en esencia, la Abogada General en el punto 44 de sus conclusiones, considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, por la única razón de que el empleado afectado, aun cuando haya sido objeto de varios nombramientos, ha ocupado de manera ininterrumpida el mismo puesto de trabajo durante varios años y ha ejercido, de manera constante y continuada, las mismas funciones, mientras que el mantenimiento de modo permanente de dicho trabajador en una plaza vacante sobre la base de una relación de servicio de duración determinada se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante y, por ello, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente de año en año, puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo.

**62.** En efecto, una definición tan restrictiva del concepto de «sucesivas relaciones laborales de duración determinada» permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años (véase, por analogía, la sentencia de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 85).

**63.** Además, esta misma definición restrictiva podría tener por efecto no solo excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, vaciando de gran parte de su contenido el objetivo perseguido por estos, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal.

**64.** Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede *responder a la primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-103/18 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha disposición, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo>>.*

Como se razona en esta sentencia, *En principio, la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco atribuye a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la facultad de determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o las relaciones laborales de duración determinada se considerarán «sucesivos». Y, precisamente, en supuestos como el aquí enjuiciado en que hay un solo nombramiento para desempeñar en régimen de interinidad un puesto de trabajo, -por ello, de forma temporal-, se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Y lo ha hecho en el sentido de declarar que no es aplicable la cláusula 5 del Acuerdo Marco.*

Así, en sentencia de su Sala Tercera, Sección Cuarta, de 28 de mayo de 2020, Rec. 5801/2017, examina el supuesto de un funcionario interino que había sido nombrado por la Administración de la Junta de Galicia, con la categoría de auxiliar administrativo, especificando el acto de nombramiento que desempeñaría una plaza vacante hasta que fuera cubierta por funcionario de carrera. Y, efectivamente, el funcionario interino cesó cuando se produjo esa circunstancia, solicitando una indemnización por cese equivalente a veinte días de salario por año de servicio, referida al período en que desempeñó interinamente el puesto de trabajo.

El recurso de casación formulado por la Administración gallega fue admitido por la Sección Primera de la Sala Tercera, fijando en el auto de 5 de marzo de 2018 la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

<<Segundo. - ... si de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-596/14, el cese de un funcionario interino tiene o no derecho a indemnización>>.

E identificaba como normas jurídicas que, en principio, habían de ser objeto de interpretación, la Cláusula Tercera y Cuarta de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 y los artículos 10.1, 10.3 y 10.5 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

El Tribunal Supremo examina la sentencia del Pleno del TJUE de 22 de enero de 2020, Recurso C-177/18, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid, y declara, dando respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo admitida, que *el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días de año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcionarial.*



Añade el Alto Tribunal:

<<SEXTO. - (...)

Además, dado que la cuestión se plantea con referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-596/14 y aceptando el primero de los alegatos de la administración autonómica recurrente, referido a la inaplicación de tal doctrina con base en que la situación jurídico-laboral del Sr. Pedro Jesús era diferente a la de la persona afectada por esa sentencia del Tribunal Europeo pues no concurría un supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales, sino que se trataba de una única vinculación funcional, conviene resaltar que esta sentencia también argumenta lo siguiente:

*"70 A este respecto, según reiterada jurisprudencia, la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco solo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada ( sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04 , EU:C:2005:709 , apartados 41 y 42, y de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10 , EU:C:2012:39 , apartado 45, y auto de 12 de junio de 2019, Aragón Carrasco y otros, C-367/18 , no publicado, EU:C:2019:487 , apartado 55).*

*71 Se desprende de la cláusula 5, apartado 2, letra a), del Acuerdo Marco que corresponde a los Estados miembros determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se consideran "sucesivos" ( sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17 , EU:C:2018:936 , apartado 79, y auto de 12 de junio de 2019, Aragón Carrasco y otros, C- 367/18 , no publicado, EU:C:2019:487 , apartado 56).*

*72 En el caso de autos, el juzgado remitente no proporciona ningún indicio que permita considerar que la Sra. Amanda haya trabajado para el Ayuntamiento de Madrid en el marco de varias relaciones de servicio o que, en virtud del Derecho español, deba considerarse que la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la existencia de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada."*

Como ya hemos dicho, en el caso de autos, el Sr. Pedro Jesús solo mantuvo un vínculo laboral con la administración, razón por la que no concurre el supuesto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco.

Y, finalmente, dado este dato fáctico de una única relación de servicios, consideramos que no debe analizarse la aplicación al caso (1) de la reciente sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18; (2) de la doctrina fijada por esta Sala Tercera en dos sentencias el día 26 de septiembre de 2018 ( STS 3251/2018), en el recurso 1305/2017, y ( STS 3250/2018), en el recurso 785/2017, puesto que las tres se refieren a supuestos de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada">>.

Igual criterio se mantiene en la sentencia de la Sala Tercera, Sección Cuarta, de 24 de septiembre de 2020, en la que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia era *si a tenor de las recientes sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal estatutario interino de los servicios de salud y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma.*

En este caso la situación fáctica era la misma: la interesada fue nombrada personal interino ocupando el puesto de trabajo durante más de seis años continuados hasta que la plaza fue cubierta por personal titular. Y se fija nuevamente como doctrina que *el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional.*

Igual doctrina se establece en la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2020, Rec. 1868/2018. El interés casacional objetivo consistía, según el auto de admisión de 10 de diciembre de 2018, en la siguiente cuestión:

*<<(…) si a tenor de las recientes sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal estatutario interino de los servicios de salud y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuales son las consecuencias que se derivan de la misma>>.*

En este caso el supuesto de hecho era igualmente un único nombramiento como personal estatutario interino en un puesto -médico o de enfermería- en el que se cesaba por los interesados tras la resolución de una convocatoria. Se reitera por el Alto Tribunal que *el cese del personal estatutario de carácter interino, con una única relación de servicios del caso examinado no determina derecho a su conversión en personal indefinido,*



*propio del ámbito laboral, ni a la indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado, previsto en la legislación laboral y no en la de función pública.*

Cabe citar, por último, con idéntica doctrina, la de la misma Sala y Sección de 23 de noviembre de 2020, Rec. 5347/2018.

**OCTAVO.** - Como antes se ha expuesto, en apoyo de sus pretensiones invoca la apelante la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020. Sin embargo, en esta se declara lo siguiente:

*<<64. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-103/18 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha disposición, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo>>.*

Claramente se refiere la sentencia invocada por la apelante a "varios nombramientos", lo que no concurre en el caso enjuiciado, en el que hubo un solo nombramiento en el que se hacía constar expresamente que estaría limitado "a la fecha de toma de posesión de quien resulte nombrado en propiedad la plaza vacante o reingreso al puesto del titular del mismo".

Tampoco se ha producido el supuesto contemplado en la sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021 C-760/2018. Este asunto tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Monomeles Protodikeio Lasithiou (Juzgado de Primera Instancia de Lasithi, Grecia), sobre la interpretación de la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, en el contexto de un litigio entre M. V. y otros trabajadores, por una parte, y su empresario, el Organismo Topikis Aftodioikisis (OTA) «Dimos Agiou Nikolaou» (Entidad Territorial Municipal de Agios Nikolaos), Grecia, por otra, en relación con la calificación de sus relaciones laborales por tiempo indefinido como empleados del servicio de limpieza de dicho municipio. Se trataba de personas contratadas por el Ayuntamiento de Agios Nikolaos, en sus servicios de limpieza, mediante contratos de trabajo de duración determinada, regidos por el Derecho privado, para ocupar puestos a tiempo completo, a cambio de una retribución mensual fijada con arreglo a los criterios establecidos legalmente. Inicialmente fueron celebrados por una duración de ocho meses, estos contratos fueron renovados hasta el 31 de diciembre de 2017, con efecto retroactivo y sin interrupción, mediante diferentes intervenciones legislativas, que el órgano jurisdiccional remitente enumeró en los apartados 15 a 22 de su petición de decisión prejudicial. La duración total respectiva de tales contratos oscilaba entre 24 y 29 meses. Finalmente, el Ayuntamiento de Agios Nikolaos resolvió dichos contratos en la fecha antes mencionada

La prórroga o renovación de los contratos derivaba de actos legislativos emanados del Parlamento griego, que de forma detallada se exponen en la sentencia. En cualquier caso, había una prórroga o renovación de contratos, no uno solo.

De lo anterior se desprende que el criterio fijado por el TJUE en esta sentencia tampoco es de aplicación al caso enjuiciado. Así, la misma se refiere a trabajadores, no a funcionarios interinos, y su contratación tenía una duración determinada, prorrogándose sucesivamente, lo que puede considerarse como varios nombramientos, tantos como prórrogas producidas por disposiciones nacionales. En el nombramiento de la apelante la duración venía determinada, aun cuando no se fijara plazo o período de duración, pues comprendía como fecha inicial la del nombramiento y como final la de la cobertura de la vacante por funcionario titular o nombrado en propiedad. Nunca se renovó ni prorrogó el contrato, y la apelante continúa desempeñándolo. No consta ningún cese ni nuevo nombramiento con dicho carácter, y no puede entenderse, como pretende la parte, que hay nombramientos implícitos cada año, ni que se renueve sucesiva o automáticamente el nombramiento. No sólo nada consta que permita llegar a tal conclusión, sino que la propia duración determinada del contrato, según hemos expuesto, excluye cualquier supuesto de prórroga automática o renovación. La duración podía ser de meses o de años, en este caso ha sido de años y continúa siéndolo.

Por tanto, y centrándonos en la exigencia de varios nombramientos, siguiendo la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo, hemos de concluir que no es de aplicación a la recurrente la Cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70 CE, en el que se basaba su reclamación.



**NOVENO.** - Sentado lo anterior, no procede examinar ninguna otra cuestión. Si no existen sucesivos contratos o relaciones laborales no cabe plantearse ningún fraude de ley, ya que no se han utilizado de forma reiterada nombramientos temporales para cubrir una necesidad permanente. Ello, sin perjuicio de poner de manifiesto la irregularidad que -en principio- supone la duración de contratos en régimen de interinidad durante varios años, así como el alto porcentaje de plazas estructurales cubiertas con funcionarios interinos, sin que la Administración proceda a cubrir dichas plazas de su catálogo de puestos de trabajo mediante los procesos selectivos legalmente establecidos para el acceso a la función pública. Cabe recordar que el desempeño de funciones en un puesto estructural con un nombramiento de funcionario interino solo está previsto para situaciones de necesidad y urgencia cuando concorra alguna de las situaciones previstas legalmente ( artículo 10 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).

Ahora bien, como hemos señalado, no procede resolver si esa situación en el caso concreto sería constitutiva de abuso, pues como examina la sentencia apelada y hemos razonado, la interesada consideró que le era de aplicación la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. Requisito necesario para ello, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, es la existencia de varios o sucesivos nombramientos, y la actora solo ha sido nombrada en una ocasión como funcionaria interina, y ha estado desempeñando el puesto -y continúa haciéndolo- sin interrupciones ni suspensiones, y su relación jurídico-laboral se ha mantenido inalterada en régimen de interinidad durante más de 13 años. Dicho de otro modo, no hay temporalidad en la contratación a través de distintos nombramientos, por ello no puede accederse a la pretensión de la recurrente de que se la indemnice en alguna de las formas en que el Tribunal Supremo ha determinado para aquellos casos en que sí hay nombramientos sucesivos y fraude de ley, por tratar de cubrir con nombramientos temporales la falta de funcionarios titulares por no haber convocado la Administración los procesos selectivos correspondientes.

En cuanto a las alegaciones de la recurrente de haber sido objeto de abuso en la contratación al haber estado desempeñando su puesto con carácter interino del que, según entiende, la Administración hace frecuente uso, cabe recordar lo ya expuesto, y es que ha tenido un único nombramiento por lo que reiteramos que en su caso no puede entenderse que haya una situación de abuso. Y, respecto a la vulneración de los principios de mérito y capacidad, podrían plantearlo también aquellas personas que, estando en condiciones de acceder a esos procesos selectivos, se han visto impedidos de hacerlo por no ser convocados. No consta tampoco que la recurrente interesara de la Administración demandada que procediera a cubrir la vacante a través de los procedimientos legalmente previstos para el acceso a la función pública. El fundamento de su reclamación se centró en la aplicación de la citada Cláusula 5 del Acuerdo Marco, y la respuesta a esta cuestión es la que ya hemos dado en los anteriores razonamientos.

Por último, cabe destacar que la Sección Segunda de esta Sala ya se ha pronunciado en sentido desestimatorio en supuestos coincidentes con el aquí enjuiciado en sus sentencias nº 100/2021, de 3 de febrero (AP 265/2020) y 101/2021 de la misma fecha (AP 266/2020) y en sentencia nº 105/2021, de 3 de marzo (AP 242/20).

**DÉCIMO.** - Por lo expuesto, procede desestimar el recurso; sin que haya lugar a un especial pronunciamiento en costas vistas las dudas de derecho que suscita la cuestión planteada, y que ha dado lugar a pronunciamientos diferentes en los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Murcia y a la deliberación del asunto por el Pleno de esta Sala ( artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.)

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

## FALLAMOS

**Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por Dña. Natividad contra la sentencia nº 175/2020, de 22 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Murcia, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 447/2019, que se confirma íntegramente; sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA.



En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA, AL AMPARO DEL ARTICULO 260.1, DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL, LA MAGISTRADA ILMA. SRA. DOÑA MARIA ESPERANZA SANCHEZ DE LA VEGA, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL ROLLO DE APELACION Nº 15/2021, POR DISENTIR DEL VOTO DE LA MAYORIA

### II- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** - La sentencia apelada falla lo siguiente:

Desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> Natividad , contra el Decreto de fecha 25 de junio de 2019 del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, que desestimo la solicitud de la recurrente de que se le nombrara funcionaria de carrera o subsidiariamente ser nombrada con otro nombre pero siempre equiparable a los funcionarios de carrera, con la misma fijeza y las mismas e idénticas condiciones que aquellos; y para el supuesto de ser rechazadas esas peticiones, se le considere propietaria de la plaza que ocupa en el Ayuntamiento, y que en cualquier caso, se le indemnice por daños morales por el abuso de una relación temporal abusiva.

En cuanto a las costas, cada parte para las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

El juzgador de instancia parte de que la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE le es aplicable a la recurrente. Pero dice que no se aplica a los trabajadores que han celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada, ni siquiera cuando se utiliza para cubrir necesidades permanentes. Dice que así lo dice de forma expresa la STJUE de 22 de enero de 2020, C-177/2018, que transcribe parcialmente, y la STS de 28 de mayo de 2020, recurso 5801/2017, que también recoge en parte. Por ello, concluye que la cláusula 5 no le sería de aplicación a la recurrente, ya que solo consta un nombramiento de interinidad por vacante.

En cuanto a si hay abuso o fraude en ese único nombramiento, dice que, que la actora haya ocupado una plaza desde el año 2004 en virtud de un nombramiento por interinidad, que fuera en el año 2015 cuando la referida plaza se incluyera en la Oferta de Empleo Público del Ayuntamiento de Murcia y que, respecto de la plaza en cuestión, no se hayan cumplido las previsiones legales de los arts. 10.4 y 70.1, (al tratarse de una vacante), tanto de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público como del Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, no permite concluir la existencia de abuso o fraude. Y explica que esto es así porque las sucesivas Leyes 51/2007, 2/2008, 26/2009, 39/2010, 2/2012, 23/2013, y el art. 21 de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para los años 2008 y siguientes bien limitaron, bien congelaron la oferta de empleo público por la grave crisis económica que sufrió España en esa época, que dio lugar a numerosas disposiciones limitando el gasto público.

Concluye así que está justificado por qué no se incluyó la plaza en una oferta de empleo público hasta el año 2015 y, por ello, no es posible, dice, apreciar abuso o fraude como presupuestos de lo que pretende la recurrente.

Termina diciendo que no siendo de aplicación la cláusula 5 analizada y la jurisprudencia del TJUE relativa a ella, ni habiéndose apreciado el fraude o abuso afirmado por la recurrente, procede desestimar la pretensión de la actora de forma íntegra, y entre ellas la pretensión declarativa del derecho a ser reconocida como funcionaria de carrera o como fija, así como cualquier indemnización por daño moral.

En el recurso de apelación se alega:

-Dice que hay error en la interpretación de la Directiva Comunitaria cuando en el Fundamento de Derecho Cuarto se dice que no le es aplicable a la actora la cláusula 5 y la jurisprudencia que la desarrolla, porque solo consta un nombramiento de interinidad por vacante; dice que esto es incorrecto, conforme al apartado 61 de la sentencia de 19 de marzo de 2020 del TJUE, que transcribe, citando también el 63 y 64; concluye en este punto que un empleado público temporal de un único contrato o nombramiento también estará en abuso de la temporalidad ya que su relación se ha renovado implícitamente" de año en año" cuando se incumple por parte del empleador, la obligación legal de organizar en plazo el proceso selectivo.

-Considera que también hay error en la interpretación del marco jurídico aplicable, al considerar el juzgador que no hay abuso o fraude. Se alega así que hay abuso, al exigir el artículo 10.4, del Estatuto Básico del Empleado



Público, para el caso de plazas cubiertas por interinos que ocupan vacantes para las que no hay funcionarios de carrera, que dichas plazas 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.

Dice además que el juzgador se confunde, ya que desde el 2007 hasta el 2012, no consta acreditado por la Administración local demandada que se convocaran procesos selectivos alguno para cubrir dicha plaza ni que estuviera en concurso de traslado alguno, siendo plaza estructural.

Añade que, las limitaciones que menciona el juzgador de instancia, referidas a los años 2008 a 2012, en todas esas leyes se dice que, dentro de ese límite se incluirán las plazas ocupadas por interinos contratados en el ejercicio anterior al que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 10 del EBEP. Además, siendo a partir del año 2012 cuando se "congelan" las ofertas de empleo público, y no antes, lo cierto es que las referidas leyes presupuestarias hablan de la incorporación de nuevo personal; por lo que, en este caso, no se trata de personal de nueva incorporación, y, en las normas presupuestarias del periodo 2012 al 2015, no se dice ahora que deben considerarse incluidos los interinos. Añade que, la Administración empleadora tampoco puede ampararse en las posibles reducciones de la tasa de reposición de efectivos acordadas en los periodos del año 2007 al 2012, porque ni antes ni después se convocaron ofertas de empleo público para cubrir las plazas vacantes.

Se dice también que no es constitucionalmente posible prolongar artificialmente las situaciones de interinidad.

Concluye que no hay una contratación temporal válida, no solo por la muy dilatada duración (más de 12 años), sino también porque no parece que exista vacante y, la Administración no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada.

Dice que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del nombramiento de la recurrente como funcionaria interina por vacante, y por lo tanto se debe apreciar la existencia de fraude o abuso en la relación funcional que mantiene con el Ayto. de Murcia.

-Considera también que la consecuencia de la situación expuesta ha de ser la de la transformación de una relación temporal abusiva en una relación fija, por ser la más acorde para dar cumplimiento a los fines de la Directiva comunitaria, y dar la debida protección a los empleados públicos víctimas del abuso

Dice que, la relación administrativa de la recurrente con el Ayuntamiento de Murcia continua en vigor, y lo único que ha pretendido la actora con la reclamación al Ayuntamiento, es hacer valer el derecho a la estabilidad en el empleo.

Dice que el juzgador se equivoca al aludir a una sentencia del TS que se refiere a situaciones distintas de esta, pues en la citada sentencia se trataba de casos en que el empleado público había cesado y frente al cese reclamaba la nulidad o anulabilidad del cese y la readmisión o el mantenimiento en el mismo puesto que venía ocupando.

Añade que está acreditado que al puesto accedió en un proceso selectivo, del que paso a formar parte de una lista y posteriormente, según el orden de esta, fue elegida para su nombramiento como funcionaria interina. Por tanto, supero un proceso selectivo, con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y libre concurrencia para ser nombrada como funcionaria interina.

Concluye solicitando que se revoque la sentencia de instancia, y en su lugar se dicte otra por la que, estimando el recurso contencioso administrativo, declare nula y no conforme a derecho la resolución impugnada y se reconozca a la recurrente el derecho a la condición de empleada publica fija del Excmo. Ayto. de Murcia y, en consecuencia, se condene a la Administración demandada a:

-Nombrar Funcionaria de carrera a la recurrente en la plaza que actualmente figura como funcionaria interina;

-Con carácter subsidiario, y para el caso de que no sea nombrada con el mismo nombre de funcionaria de carrera, sea nombrada con otro nombre, pero siempre equiparable a los funcionarios de carrera, con la misma fijeza y las mismas e idénticas condiciones que aquellos;

-Y solamente para el supuesto de ser rechazadas las dos anteriores pretensiones, el reconocimiento del derecho a su puesto de trabajo y, por ende, se le considere propietaria del puesto que viene ocupando en el Ayuntamiento.

-En cualquiera de los tres casos, además, el derecho a una indemnización por daños morales, en los términos expuestos y solicitados en el Hecho Octavo del escrito de demanda

La parte apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación solicita la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios argumentos. Insiste en que no cabe la aplicación de la Directiva. E igualmente en la inexistencia de fraude o abuso. Y dice que, en modo alguno procede declarar la fijeza para la recurrente, pues



está pidiendo que se le declare funcionario de carrera sin haber superado los procesos selectivos requeridos al efecto. Además, dice que su pretensión menoscaba el derecho de otros ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad al empleo público.

**SEGUNDO.-** En primer lugar hay que plantearse la cuestión relativa al marco normativa que resulta de aplicación.

Se alegaba la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, y concretamente, el Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, que obliga a los estados miembros a establecer medidas para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada.

Pues bien, la cuestión relativa a la forma en la que debe ser aplicada dicha normativa comunitaria y cómo deben ser resueltos los posibles conflictos que pudieran derivarse de la confrontación de la misma con el derecho interno de cada uno de los estados miembros, encuentra cumplida respuesta en los **principios de eficacia directa y supremacía del Derecho Comunitario**, acuñados por la consolidada jurisprudencia del TJUE.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

**TERCERO.** - Una vez despejada la primera cuestión, procede entrar a analizar el contenido y alcance de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, y en particular, del Acuerdo Marco anexo a la misma, cuyo objetivo es, de un lado, mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación, y de otro lado, establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (Cláusula 1).

Pues bien, la citada Directiva concibe el **derecho a la estabilidad en el empleo** como un componente primordial de la protección de los trabajadores, hasta el punto de que, como indica la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15, apartados 27 y 47), *"no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones incluidas en la actividad normal del personal público fijo"*, añadiendo que *"la renovación de los contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5 apartado 1 letra a) del Acuerdo Marco, en la medida en que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo Marco"*.

Estamos así ante una normativa comunitaria que viene a proclamar el principio de igualdad de trato y no discriminación en la prestación de servicios, cuya finalidad es la de establecer límites a la utilización sucesiva de contratos duración determinada, ordenando, de un lado la adopción de **medidas preventivas** al efecto, y de otro lado, la **imposición de sanciones** frente tales abusos, cuando se hayan producido, siempre con el objetivo primordial de proteger al trabajador. Así, es la propia Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-184/15 y C-197/15) la que expresamente indica que *"cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión"*.

Es la propia Cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva Comunitaria 1999/70/CEE del Consejo de 28 de junio de 1999, la que bajo la rúbrica *"Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva"* establece que:

*"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 sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:*

- a) se considerarán "sucesivos";*
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido."*

Cierto es que si bien el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados Miembros adopten medidas **preventivas** de este tipo de abusos, olvida enunciar **sanciones** específicas para el caso en el que se compruebe la existencia de los mismos. No obstante ello, ha sido la reiterada jurisprudencia emanada del TJUE la que ha venido a solventar esta cuestión. Así pues, tal y como indica la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, (Asuntos C-103/2018 y C- 429/2018), *-con cita de sentencias anteriores de dicho Alto Tribunal-, "corresponde en cada caso concreto a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias"*, añadiendo esta misma sentencia, que *"cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de*



duración determinada, **es indispensable** poder aplicar alguna medida que presente **garantías de protección de los trabajadores**, efectivas y equivalentes, **con objeto de sancionar** debidamente dicho abuso, y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión".

Tras lo expuesto se puede deducir de forma clara que el hecho de que el Estado español no haya aprobado las medidas legislativas pertinentes para ajustar la normativa interna a la Directiva 1999/70/CE, no libera a la Administración empleadora - y por ende a los tribunales-, de la obligación de garantizar la consecución de los objetivos de la Directiva, ni de la obligación de sancionar el abuso y de eliminar las consecuencias de la infracción de la normativa comunitaria, en caso de quedar el mismo acreditado.

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

Así, el referido Auto, dispone que:

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

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

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

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

De dicho Auto parcialmente transcrito se puede extraer la conclusión clara de que, si la Legislación de un Estado miembro, como es España, no ha fijado una medida sancionadora para acabar con la precarización de los trabajadores del sector público, procede la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija, sin que pueda invocarse por las autoridades nacionales la normativa interna que sólo en el sector público prohíbe esta conversión, ya que para que opere una prohibición de este tipo, es necesario que la Legislación nacional prevea en este sector público- y la legislación española no la prevé- otra medida efectiva para sancionar la utilización abusiva de contratos temporales.

Refrenda esta línea jurisprudencial acuñada por el TJUE, su sentencia de fecha 11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18), en la que nuevamente se reitera, de un lado la competencia de los Tribunales Nacionales para comprobar si en la legislación nacional existen medidas efectivas o disuasorias que garanticen el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE, y de otro lado que, en el supuesto de que tales medidas no existan, es posible la conversión de los contratos de trabajo temporales en indefinidos/fijos pese a que la Constitución



prohíba de modo absoluto tal conversión en el sector público (como establecía la Constitución Griega), debiendo dejar inaplicados tales preceptos constitucionales (apartado 75).

**CUARTO.** - Una vez fijado el marco normativo y jurisprudencial, así como la competencia para resolver el mismo, corresponde pasar a analizar la concreta relación funcional que mantiene la recurrente, hoy apelante, con el Ayuntamiento de Murcia, a fin de determinar si la misma tiene o no carácter abusivo en los términos previstos en la Directiva que se invoca.

En este momento hay que poner de manifiesto, que ha sido la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18), la que ha acabado con el argumento tradicionalmente empleado por las autoridades españolas, que negaban la existencia de abusos en nuestro país, argumentando que los nombramientos del personal temporal en el sector público estaban amparados por la normativa nacional, especialmente por el EBEP.

La citada sentencia en sus apartados 71 y 75 deja claro que los abusos contrarios a la Directiva 1999/70/CE se producen cuando se destina a empleados públicos temporales a atender necesidades que, de hecho, no son provisionales, esporádicas, puntuales, excepcionales o coyunturales, sino que son ordinarias, estables y permanentes, cubriendo el empleador con personal temporal sus necesidades estructurales en materia de personal, al no disponer de suficientes funcionarios fijos o de carrera.

Además, para determinar cuándo concurre dicho abuso, la propia sentencia en su apartado 79 fija una serie de parámetros a valorar en cada caso concreto, tales como: el número de años consecutivos prestando servicios en la Administración empleadora realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo; porcentaje elevado de empleados públicos temporales si constituyen un elemento esencial para el funcionamiento del sector; la inexistencia real de límites máximos de duración de los contratos temporales, o el incumplimiento por parte de la Administración empleadora de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo o de carrera, convocando los correspondientes procesos selectivos.

Sentadas las anteriores premisas, corresponde analizar la situación concreta en que se encuentra la recurrente, hoy apelante.

-Consta acreditado en las actuaciones que D<sup>a</sup> Natividad, viene desempeñando funciones como funcionaria interina del Excmo. Ayuntamiento de Murcia desde el año 2007 (nombramiento de 6 de junio de 2007), como Arquitecto Técnico; anteriormente había sido nombrada funcionaria interina como Delineante durante 2 años y 2 meses. Es decir, lleva más de 14 años consecutivos como funcionaria interina.

In greso mediante bolsa, tras superar un proceso selectivo.

Durante este tiempo, la recurrente ha venido desempeñando sus funciones de forma continuada y constante en el mismo puesto de trabajo. Sus funciones son, emisión de Informes de inspección y comprobación de edificios, obras y construcciones. Actualmente el puesto se denomina "Arquitecto/a (1223) (16) Arquitecto Técnico" adscrito al servicio de Arquitectura.

Consta en informe del propio Ayuntamiento, referido a fecha de 2017, conforme al cual, el personal del mismo con carácter interino es del 33,31%.

Si se lleva a cabo una aplicación de los parámetros apuntados por la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/2018) en su apartado 79, para determinar cuándo *concorre abuso de la contratación temporal*, -a los que anteriormente hemos hecho referencia-, en el presente caso, se puede concluir:

-En primer lugar, respecto al parámetro "*número de años consecutivos prestando servicios en la Administración empleadora realizando tareas propias de la actividad normal del personal fijo*", consta probado que la hoy apelante viene desarrollando su actividad como funcionaria interina durante más de 14 **años consecutivos**, atendiendo a necesidades que de hecho, no son provisionales, excepcionales ni coyunturales, sino duraderas, estables, permanentes y estructurales, propias de un funcionario de carrera. De la lectura de su expediente personal puede comprobarse que, en los nombramientos, no se consigna cláusula alguna que explique o justifique cuáles son las necesidades urgentes, transitorias o coyunturales que motivan su contratación o renovación, ni se acompaña ninguna valoración o estudio sobre el carácter temporal de los servicios cubiertos por los mismos.

-En segundo lugar, respecto al parámetro "*porcentaje elevado de empleados públicos temporales si constituyen un elemento esencial para el funcionamiento del sector*;" resulta igualmente acreditado el déficit estructural de funcionarios de carrera en el Ayuntamiento de Murcia, o lo que es lo mismo, los altos niveles de temporalidad existentes en el personal de dicha Administración local, que alcanza el 33,31 % de la plantilla total (se informa de 1.764 empleados fijos y 881 interinos), tasa de temporalidad muy elevada, que no se compadece con



el carácter provisional, esporádico, puntual, excepcional o coyuntural, que debe caracterizar este tipo de nombramientos.

-En tercer lugar, el parámetro de " *la inexistencia real de límites máximos de duración de los contratos temporales*", unido al " *incumplimiento por parte de la Administración empleadora de proveer las plazas servidas por personal temporal con personal fijo o decarrera, convocando los correspondientes procesos selectivos*", deriva del palmario incumplimiento por parte del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, de las previsiones contenidas en el artículo 10.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (anterior Ley 4/2007) que obliga a que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos se incluyan en la Oferta de Empleo correspondiente al ejercicio en el que se produzca el nombramiento y si no fuera posible en el siguiente, añadiendo el artículo 70 de dicho Texto Legal, que la ejecución de la Oferta de Empleo, y por lo tanto, la provisión de la plaza vacante por un funcionario de carrera, deberá producirse en el plazo improrrogable de 3 años . El hecho de que los actores estén ocupando las mismas plazas de manera ininterrumpida durante este dilatado periodo de tiempo, -como acreditan los certificados de servicios prestados aportados-, revela la existencia de dicho incumplimiento.

De manera que, teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, cabe concluir que, en el caso de la apelante, nos encontramos ante un evidente **abuso de la contratación temporal**, que no sólo infringe la normativa interna, sino que además es incompatible con la Directiva 1999/70/CE.

**QUINTO.-Una vez que se ha constatado**, la existencia de dicho abuso, la siguiente cuestión que procede examinar es la relativa a determinar **cuál es la sanción efectiva, proporcionada y disuasoria** que debe ser impuesta para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión.

Y dado que, como anteriormente se ha indicado, la invocada Clausula 5ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva Comunitaria 1999/70/CEE del Consejo de 28 de junio de 1999, bajo la rúbrica " *Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*" establece una serie de **medidas preventivas** a adoptar por los diferentes Estados Miembros, pero no establece **sanciones específicas** en el caso de que se compruebe la existencia de abusos, como ha señalado la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-103/18 y C-429/18), apartado 88, con cita a su vez de la Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto De Diego Porras C-619/17): "(...) *cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores, efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y de eliminar las consecuencias de la infracción de Derecho de la Unión*", añadiendo esta misma sentencia en su apartado 89 que " *corresponde a los juzgados remitentes(...) en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*".

Así, seguidamente procederé a analizar las diferentes sanciones que pudieran imponerse por la contratación abusiva constatada, a fin de dar así cumplimiento a los fines perseguidos por la Directiva Comunitaria.

-La primera medida a adoptar para sancionar la conducta del Excmo. Ayuntamiento de Murcia, podría ser la de **ordenar la organización de procesos selectivos o de estabilización para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas por el personal público temporal** . Esta medida, necesariamente debe ser descartada, de acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, en cuyos apartados 97 a 101, expresamente indica que esta medida no se ajusta a la Directiva 1999/70, ni para prevenir la utilización abusiva de las sucesivas relaciones de servicio de duración determinada,- pues su convocatoria dependería de la arbitrariedad del empleador causante del abuso-, ni para sancionar estos abusos y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que su aplicación ni tiene efecto negativo para el empleador (apartado 97), ni supone una compensación para las víctimas del abuso, en la medida en que el resultado de los mismos es incierto, al estar tales procesos selectivos abiertos a otros candidatos que no han sido víctimas del abuso, que pudieran participar en el mismo. Luego esta sanción, no reuniría las notas de *proporcionada, efectiva y disuasoria*, que exige la jurisprudencia.

Hay que poner de manifiesto además, que en el concreto caso que nos ocupa, la selección de la funcionaria interina recurrente se realizó respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito, publicidad y libre concurrencia, dado que, de un lado, la citada funcionaria reúne los mismos requisitos generales de titulación y resto de condiciones exigidas a los funcionarios de carrera para ocupar las plazas vacantes, y de otro lado, que los mismos proceden de una bolsa que se constituyó *tras superar un proceso selectivo*, en el que se garantiza el respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Al efecto, resulta muy esclarecedora la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de junio de 2018 - recurso de Suplicación 1102/2018- confirmada por el Tribunal Supremo, en la que se indica que:

" *En definitiva, si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector*



*público -y sí la figura del indefinido no fijo-, es porque ello supondría que accedieran a puestos fijos personas que no han superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido este proceso selectivo. Es la Administración Pública la que ha optado por una contratación temporal fraudulenta, cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto, deberían haber sido convocados como fijos desde el principio, son que el hecho de que la propia Administración hubiera utilizado un proceso selectivo público sin respetar todos los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación pueda ser utilizado como un argumento en contra de los intereses de los trabajadores, que dado que han sido contratados para realizar labores estructurales, y han superado un concurso oposición deben ser fijos(...)"*.

Hay que señalar, llegados a este punto que, obligar a la apelante a someterse a un nuevo proceso selectivo o de estabilización para adquirir la condición de funcionario fijo de carrera para ocupar el mismo puesto de trabajo que viene desempeñando durante tantos años,- cuando, como hemos dicho, ya supero un proceso de selección-, ni sería una sanción para la Administración, ni tutelaría los derechos e intereses de los trabajadores, por las razones anteriormente expuestas.

-La segunda solución que aborda esta Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 es la de la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, en **indefinidos no fijos**, por analogía con el Derecho Laboral. Esta opción también es expresamente rechazada por la citada Sentencia del TJUE, la cual, en su apartado 102 afirma que esta medida en modo alguno cumple con los fines perseguidos por la Directiva, dado que esta transformación se produce " *sin perjuicio de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por el reingreso del funcionario sustituido*", con lo cual estaríamos sancionando el abuso de la temporalidad con más temporalidad y más abuso, incumpliendo así los objetivos y el efecto útil de la Directiva de aplicación. Añade además la citada sentencia que " *la transformación de los empleados públicos con nombramientos de duración determinada en indefinidos no fijos no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo*", puesto que unos y otros quedan sometidos a diferentes causas de cese, no cumpliendo así con el fin perseguido por la Directiva, que no es otro que la estabilidad en el empleo.

En respaldo de este argumento, el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-84/14) expresamente indica que: " *la conversión de la relación laboral de duración determinada en una relación laboral indefinida no fija, no es una sanción eficaz conforme al Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva de los contratos de duración determinada*".

A mayor abundamiento, reiterar nuevamente, que la hoy apelante, para acceder a la condición de funcionario temporal, supero un proceso selectivo -del que trae causa la bolsa de trabajo constituida-, siéndole a este supuesto de plena aplicación la doctrina anteriormente expuesta, contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 28 de junio de 2018.

-Conforme a la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, la tercera medida acordar sería la de conceder **una indemnización** a favor de los empleados públicos víctimas del abuso. Si bien, como señala la sentencia, ésta sí que podría ser una " *medida legal equivalente*", en los términos señalados por la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, lo cierto es que para que así fuera, deberían concurrir los siguientes requisitos, a saber: en primer lugar, que la indemnización esté específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva y, en segundo lugar, que la misma no sólo sea proporcionada, sino que además sea lo suficientemente efectiva y disuasoria.

Hay que señalar que, ninguno de estos requisitos concurre en el supuesto de Autos. En primer lugar, por cuanto que nuestro Ordenamiento Jurídico no prevé ni establece indemnización alguna a favor de los empleados públicos en caso de abuso en la temporalidad sucesiva, a excepción de las previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores para el caso de despidos de personal laboral privado. Respecto a la misma, ya se ha pronunciado el TJUE en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C- 936/2018) y de 22 de enero de 2020 (Asunto Baldonado, apartados 61-63), en el sentido de indicar que la misma no constituye una medida legal equivalente en los términos que exige la Directiva, dado que la misma no tiene por objeto sancionar el abuso en la temporalidad, sino compensar la ruptura imprevista y brusca del vínculo laboral en un contrato indefinido.

Y en segundo lugar por cuanto que, esta indemnización tampoco sería *efectiva y disuasoria*, puesto que como ha indicado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019: " (...) *no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal*". En análogos términos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 al indicar que: " *una consecuencia que consistiera sólo en el*



*reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasorio como para garantizar esta plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización".*

No puedo dejar de poner de manifiesto la circunstancia de que es un hecho notorio, que en España, ni existe una indemnización específicamente prevista para sancionar los abusos incompatibles con la Directiva, ni tampoco existe ninguna norma que permita multar a las autoridades o administraciones empleadoras responsables de estos abusos, de modo que establecer una indemnización que fuera lo suficientemente **eficaz y disuasoria** y que además protegiera debidamente al empleado público, alcanzaría una cifra tan elevada que difícilmente podría ser satisfecha por la Administración, dado que la misma debería ser calculada en función de los años de servicio prestados, pérdida de oportunidades, reparación por los costes añadidos que deberían abonar los recurrentes a su cese para que no se minorase su pensión de jubilación, así como daños morales.

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

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

**SEXO.-Sentado lo anterior**, la siguiente cuestión a valorar es si la solución jurídica escogida se ajusta o no a las previsiones contenidas en el ordenamiento jurídico interno, en particular a la normativa contenida en los artículos 62 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público y artículo 20 de la Ley 55/2003 del Estatuto Marco, que prohíben obtener la condición de funcionario de carrera o estatutario fijo o laboral fijo sin haber superado un proceso selectivo.

Pues bien, considero que no existe vulneración de dicha normativa, sobre la base de los siguientes argumentos:

-En primer lugar, por cuanto que la funcionaria hoy recurrente para acceder a la condición de personal interino/laboral ha superado un proceso selectivo con pleno respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad libre concurrencia accediendo a las bolsas de personal por oposición por concurso de méritos, debiendo recordar, como indica el Tribunal Constitucional en sus sentencias 281/1993 y 107/2003 que "*la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o la capacidad para desarrollar una función o empleo público y suponer además en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados*".

-En segundo lugar, por cuanto que la solución jurídica adoptada no va a implicar la transformación de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera, sino que la fijeza se va a materializar en el reconocimiento del derecho de la funcionaria recurrente a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera.

-En tercer lugar por cuanto que, si bien es cierto que la Sentencia TJUE de 19 de marzo de 2020 indicaba que "*la transformación en personal fijo está excluida categóricamente en virtud del Derecho Español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso*



*selectivo*, no podemos obviar que, de un lado, como ya se ha indicado, los hoy recurrentes han superado un proceso selectivo, y de otro lado, que de acuerdo con lo indicado en la Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17, Apartado 60): " *para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe, el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, el ordenamiento jurídico 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 duración determinada*", y en el presente supuesto, tal y como hemos acreditado, no existe tal medida sancionadora alternativa que sea lo suficientemente eficaz y disuasoria.

Hay que traer aquí a colación, que los últimos pronunciamientos del TJUE (Auto 30 de septiembre de 2020 (Asunto C-135-20, caso JS contra la Cámara Municipal de Gondomar) y Sentencia de fecha 11 de febrero de 2021 (Asunto C- 760/18), vienen a afirmar con rotundidad que si la Legislación de un Estado miembro, no ha fijado una medida sancionadora para acabar con la precarización de los trabajadores del sector público, *procede la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija*, sin que pueda invocarse por las autoridades nacionales la normativa interna que sólo en el sector público prohíbe esta conversión, ya que para que opere una prohibición de este tipo, es necesario que la Legislación nacional prevea en este sector público- y la legislación española no la prevé- otra medida efectiva para sancionar la utilización abusiva de contratos temporales.

**SEPTIMO.- Quedaría así** sólo por analizar si resulta procedente o no, la indemnización que adicionalmente por la recurrente se interesa. Y a juicio de esta magistrada, no procede el percibo de la misma, dado que la solución jurídica adoptada, en la medida en que satisface los intereses de la apelante y enerva la precariedad laboral en la que se encontraba,- reconociéndole el derecho a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera-, es suficientemente resarcitoria del perjuicio derivado del abuso declarado.

**OC TAVO.-** En consecuencia, y según lo expuesto, considero que procedería estimar el recurso de apelación, y revocar y dejar sin efecto la sentencia de instancia.

Y entrando a conocer del fondo del asunto, lo que procedería es estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente, contra el Decreto de fecha 25 de junio de 2019, que desestimo la solicitud de la recurrente de que se le nombrara funcionaria de carrera o subsidiariamente ser nombrada con otro nombre pero siempre equiparable a los funcionarios de carrera, con la misma fijeza y las mismas e idénticas condiciones que aquellos; y para el supuesto de ser rechazadas esas peticiones, se le considere propietaria de la plaza que ocupa en el Ayuntamiento, y que en cualquier caso, se le indemnice por daños morales por el abuso de una relación temporal abusiva, anulando dicho acto administrativo por no ser conforme a Derecho, reconociendo como situación jurídica individualizada, el derecho de la recurrente a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera.

Sin hacer imposición de las costas en ninguna de las dos instancias procesales.

Dado en Murcia en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.