1. **Seguimiento y repercusión de las sentencias del TJUE, sobre el cumplimiento de la Directiva 1/1999/70, y el abuso en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada. Incidencia en las sucesivas contrataciones de profesionales estatutarios. Análisis de las sentencias más recientes y cuestiones prejudiciales. (*Ponente. Félix Jiménez Mosquera*):**

* 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.
* Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud: Art 9 EM.
* Constitución Española.: Arts. 14, 23.2 y 103.3 CE.
* Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: Art. 15.5 ET, Art 49 ET, Art 53 ET, Disposición Transitoria 5ª y 8ª.
* 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 (TREBEP): Art 61.6 TREBEP, Art. 70 TREBEP, Art 96.2 TREBEP, y Disposición Transitoria 4ª.
* Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de abril de 2016.
* La Sentencia TJUE (Sala Décima) de 14 septiembre 2016, Rec. C-16/2015, el Tribunal de Justicia (Sala Décima):

La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco 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, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que:

*-* la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por “razones objetivas”, en el sentido de dicha cláusula, debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables.

- no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

* Sentencia TJUE (Sala Décima) de 14 septiembre 2016, asunto C-596/14 (Diego Porras); Indemnización fijos vs temporales (20 días):

Posterior rectificación de la doctrina que se derivaba de ella, llevada a cabo en la STJUE 5-6-2018 (C-677/16) dictada por la Gran Sala en el asunto de la Sra. Montero contra la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familiar de la Comunidad Autónoma de Madrid.

* Sentencia de 19.9.2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo:

1. *Declaro que los sucesivos contratos de carácter eventual por “servicios determinados” suscritos sin solución de continuidad por las actoras constituyen fraude de ley (…)*
2. *Declaro que las actoras, dado el carácter fraudulento de sus nombramientos temporales, ostentan la condición de personal indefinido del Sergas, asimilado al personal interino, a efectos de cobertura del puesto de trabajo, condenando al Sergas a estar y pasar por este reconocimiento, y a reconocer a las actoras la antigüedad que a continuación se detalla en el puesto que vienen cubriendo en virtud de los sucesivos contratos de servicios determinados (…)*
3. *Declaro el carácter estructural de los puestos de trabajo desempeñados por las actoras, condenando al Sergas a estar y pasar por este reconocimiento, con todos los derechos inherentes al mismo (…)*

* Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30.9.2016:

*“Interesaba que se acordara y reconociere que la relación jurídica que le une con el Servicio Andaluz de Salud es laboral indefinida en la categoría de Auxiliar Administrativa; …*

*No se cuestiona el empleo de contratos con nombramientos sucesivos de duración determinada, al amparo del anterior precepto del Estatuto Marco. Esta posibilidad aparece admitida en el anterior precepto y su procedencia se acepta en la referida directiva comunitaria, así como en la jurisprudencia que se recoge en la sentencia de instancia y en los escritos de alegaciones presentados por las partes. Entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de noviembre de 2014 (caso Masolo), en la que se estima acorde al Acuerdo Marco el empleo por la Administración de contratos temporales y su renovación con el fin de satisfacer necesidades temporales de personal.*

*Sin embargo, se proscribe el empleo o la utilización abusiva de esta práctica, cuando se orienta a satisfacer necesidades permanentes y duraderas resultantes generalmente de una falta estructural de personal titular.*

*Así se pronuncia el mismo Tribunal en su reciente sentencia de 14 de septiembre de 2016, en el asunto C-16/15, en la que se pone de manifiesto que el artículo 9 del Estatuto Marco no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que se limita esta práctica a los efectos de satisfacer necesidades provisionales (….)*

*Sin embargo, se toma igualmente en cuenta que estas circunstancias no pueden llevar a admitir que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. Y, que la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada al amparo de la cláusula citada del acuerdo marco. Por ello, la observancia del acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente en la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada su realización con el fin de atender necesidades provisionales y no para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de personal.*

*En definitiva, se admite que la normativa nacional permita la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada con el fin de atender necesidades de la naturaleza expuesta, pero incumbe al órgano jurisdiccional constatar la concurrencia y justificación de esa razón objetiva.*

*Es cierto que ahora no consta el cese, ni se denuncia en la demanda, si bien se pone de manifiesto que la renovación de los nombramientos se halla determinada con el fin de atender necesidades que no son provisionales y ello legitima reconocer el derecho de la recurrente a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición. Ello se entiende, como se razona en aquella sentencia, sin perjuicio de las facultades de la Administración para la amortización del puesto de trabajo o para el caso de mantenerlo someterlo al correspondiente proceso selectivo al que debería concurrir el provisionalmente contratado que habría de someterse y estar a los resultados de ese proceso sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y sin que quepa sin más la resolución del contrato por expiración del plazo consignado en el mismo…*

*(….)reconocemos el derecho de la recurrente a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y sin perjuicio de las facultades que correspondan a la Administración al respecto (…)”.*

* Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de P. Vasco de 12.12.2016):

Obliga al Ayuntamiento de Vitoria a readmitir como indefinida no fija a una trabajadora temporal que concatenó diferentes contratos durante dieciocho años (1995-2013) al considerar que se ha utilizado una contratación de duración determinada para cubrir un servicio de carácter indefinido.

El fallo, que se fundamenta en una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE dictada el pasado 14 de septiembre, considera que la contratación ha sido abusiva y contraria a derecho y dicta que la trabajadora debe continuar como indefinida no fija hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice, o el Ayuntamiento decida convertir el puesto en estructural. En caso de que, finalmente, el Ayuntamiento opte por amortizar la plaza y sea necesario el cese de esta persona, tendrá que indemnizarle.

* Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de A Coruña de 30.6.2017:

*“Declarando el derecho del actor al abono por la demandada de una indemnización de 20 días por año trabajado por el periodo comprendido entre el 13 de octubre de 2015 y el 14 de septiembre de 2016….”*

* STSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de junio de 2018:

*“2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar parcialmente el recurso contencioso - administrativo formulado por la representación procesal de doña Elvira contra la resolución 40/2017, de doce de enero, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución en materia de finalización de nombramiento.*

*3º.- En consecuencia, declaramos su disconformidad a derecho y anulamos la resolución, considerando la relación de servicios que vincula a doña Elvira y a Osakidetza - Servicio Vasco de Salud desde el once de diciembre de 2013 como indefinida no fija a todos los efectos.*

*4º.- Condenamos a Osakidetza - Servicio Vasco de Salud a abonar a doña Elvira el importe correspondiente a los salarios que dejó de percibir durante los días once y doce de diciembre de 2016.”*

* Sentencia del TSJ GALICIA (Sala Contencioso Administrativa, Sección 1ª) 11.7.2018:

*“Ahora bien, lo que no se comparte con el juzgador de instancia es que la declaración de personal indefinido no fijo no conlleve ninguna consecuencia jurídica distinta o adicional de la que deriva de los nombramientos de interinidad, pues en la misma sentencia se admite como efecto adicional, las consecuencias indemnizatorias a las que podría dar lugar el cese de las recurrentes al amparo de los pronunciamientos del TJUE (sentencia de 14 de septiembre de 2016 asunto Ana de Diego Porras C-596/2014, matizada en las más recientes de 5 de junio de 2018 asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, y C- 677/16, Lucía Montero Mateos).*

*Y aunque se trate de una eventualidad futura, la consecuencia indemnizatoria es real e inherente al carácter fraudulento de los nombramientos, conforme a la citada doctrina del TJUE, por lo que la declaración de la condición de personal indefinido no fijo no resulta indiferente para las apelantes, y esto determina que el recurso de apelación haya de ser estimado….*

*(…)**declaramos que los sucesivos nombramientos de carácter eventual de los que fueron objeto la apelante para la prestación de servicios determinados en el Sergas, se realizaron en fraude de ley, y dado el carácter fraudulento de sus nombramientos, declaramos y reconocemos su condición de personal indefinido no fijo del Sergas,**condenando a la Administración demandada a estar y pasar por esta declaración, con todas las consecuencias que de ello se deriven, incluido el reconocimiento de la antigüedad que a continuación se detalla respecto de cada una de las reclamantes”*

* Sentencia Juzgado contencioso-administrativo número 3 de Pontevedra 17.7.2018 (eventual para guardias médicas hospitalarias):

*“… lo que entiende el TJUE es que la previsión del artículo 9.3 del Estatuto Marco consistente en que superada una concreta vigencia de dos o más nombramientos temporales “procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”, debería interpretarse no en el sentido de una facultad de la Administración, sino en el sentido de que producida tal circunstancia (perfectamente controlable por el Servicio de Salud), es decir, cuando dos o más nombramientos superan más de 12 meses de vigencia en un período de 2 años, debe crearse la plaza vacante en plantilla orgánica, puesto que la causa coyuntural inicial se habría convertido en causa estructural permanente…..*

La sentencia de la Sala del TSJ Galicia de julio 2018, contiene 5 pronunciamientos que resultan de vital importancia a la hora de responder al presente debate, a saber:

1. un interino en vacante no goza de idénticos derechos a los de un indefinido no fijo pues este último ha sido víctima de un fraude en sus nombramientos administrativos y por ello no resulta suficiente con nombrarlo interino para solucionar la situación ni para erradicar la situación de fraude por él;
2. los juzgados y tribunales del orden contencioso pueden declarar que el personal con vínculo administrativo (también los estatutarios) se convierte en indefinido no fijo;
3. cuando ha habido fraude y la concesión de un nombramiento interino en vacante no es suficiente para erradicarlo, la solución pasa por reconocerle a ese personal la condición de indefinido no fijo;
4. el indefinido no fijo declarado por la jurisdicción contencioso- administrativa tiene derecho a indemnización en caso de cese y el interino no;
5. cabe acudir a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del caso Montero Mateos para reconocer un vínculo indefinido no fijo.

*“Es evidente que la prestación del servicio de guardias médicas constituye una necesidad estructural que en forma ordinaria hay que cubrir por el SERGAS…Se trata de nombramientos sucesivos y encadenados en el área de atención continuada destinados a cubrir guardias médicas, que se realizan para sustituir las que no se realizan por los facultativos y/o demás profesionales que tratan de cubrir necesidades estructurales de la atención sanitaria a la población los 365 días del año las 24 horas de día. nombramientos que se encadenan negándole al personal afectado sus derechos laborales y sociales en idénticos términos a los reconocidos al resto del personal temporal de mismo Servicio de Salud. Son contratos precarios destinados a cubrir la atención urgente una vez finaliza la jornada de trabajo de los centros de salud y de los hospitales, cuando con el personal de plantilla no puede cubrirse la atención urgente fuera del horario ordinario con las guardias que realiza el personal de plantilla. (…) condena a cargo de la Administración demandada a reconocerle a la actora, debido al carácter fraudulento de su contratación en virtud de nombramientos sucesivos para la realización de guardias médicas, la condición de personal indefinido no fijo con todos los efectos inherentes a esa condición y todos los efectos económicos correspondientes (…).”*

* Sentencia del Juzgado contencioso-administrativo número 3, La Coruña de 18 septiembre 2018:

*“…tampoco se ignora que alguna sentencia ha fijado para supuestos análogos al presente, el derecho a recibir una indemnización, como si de personal laboral se tratara (así, la STSJ de Castilla León de 22.12.17), lo que este juzgador no comparte en modo alguno (STJUE de 14.09.16, asunto C-16/15, y 05.06.18, asunto C-574/16) (…) ordeno a ese organismo sanitario a que expida un nombramiento como interina hasta la cobertura de vacante de la actora (la antigüedad desde el 24.05.11) ya está reconocida”*

* Sentencia del TS, Sala Contencioso Administrativa, Sección 4ª, de 26 septiembre 2018:

La figura del indefinido no fijo no se aplica al personal estatutario. Anula el cese de una eventual de Osakidetza y obliga a la Administración a estudiar si procede o no la creación de una plaza estructural.

*“El TSJ P. VASCO planteó cuestión prejudicial al TJUE; y posteriormente, tras la respuesta del TJUE, dictó sentencia en apelación (…) Estimamos el recurso de Apelación formulado por (la actora) contra la Sentencia n° 112, dictada el 30 de julio por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° 6 de los de Bilbao en el Procedimiento Abreviado n° 77-2013 y, en consecuencia, revocándola, anulamos el cese de que fue objeto la recurrente y condenamos a la demandada a considerar a todos los efectos como indefinida no fija la relación de servicios que les vincula desde el 2 de febrero de 2010 (…)”*

Respuestas a las cuestiones interpretativas planteadas en el auto de admisión.

*1ª. Si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal.*

*2ª. Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.*

*La respuesta de esta Sección de enjuiciamiento del recurso de casación es la siguiente:*

Respecto a la 1ª cuestión:

*Ante aquella constatación, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.*

*El estudio cuya realización impone esa norma, debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por ese personal, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.*

Respuesta a la 2ª cuestión:

*El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.*

*Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas “equivalencias”, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público.*

FALLO *(...) Fijar como criterios interpretativos aplicables en presencia de una situación de abuso en los sucesivos nombramientos o prórrogas del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud, los expresados en el fundamento de derecho decimosexto de esta sentencia. (…) Resoluciones, ambas, que anulamos por ser disconformes a derecho (…) declaramos, que la relación de empleo de la Sra. Martínez Andrés con el Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud subsiste y continuará -con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde el 2 de octubre de 2012-, hasta que dicho Ente Público cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (…)”*