

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063595

**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 1425/2018, de 26 de septiembre de 2018**Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)**Rec. n.º 785/2017***SUMARIO:**

**Funcionarios públicos interinos. Clases de funcionarios públicos. Estabilidad. Concatenación de nombramientos. Prestación de funciones estructurales y permanentes. Personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud.** El Tribunal Supremo, en esta sugerente sentencia, ha sentado la doctrina a aplicar a fin de evitar el uso abusivo por parte de la Administración de las relaciones sucesivas de empleo temporal, estableciendo una serie de consecuencias jurídicas que de alguna manera tenderán a paliar la subsistencia de esta «patología» administrativa. Así la solución no pasa, en contra de lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por convertir la relación de servicio en una de carácter indefinida no fija, sino la subsistencia y continuación de la relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes, hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordenan las normas de carácter básico establecida, fundamentalmente, en el artículo 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, es decir, hasta que, se valore si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a la decisión administrativa [Vid. STJUE de 14 de septiembre de 2016, núm. C-16/15 (NSJ054620)].

**PRECEPTOS:**

Directiva 1999/70/CE (Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada).

Ley 7/2007, (EBEP), art. 10.1.

RDLeg. 5/2015 (TRLEBEP), art. 10.1.

**PONENTE:**

*Don Segundo Menéndez Pérez.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.425/2018

Fecha de sentencia: 26/09/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 785/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/05/2018



Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 785/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

### SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente  
D. Segundo Menéndez Pérez  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella  
D. Antonio Jesús Fonseca Herrero Raimundo  
D. José Luis Requero Ibáñez  
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 26 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 785/2017, interpuesto por el ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, representado por el procurador de los tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia y asistido por la letrada doña Belén Greaves Badillo, contra sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 12 de diciembre de 2016, y recaída en el recurso de apelación 625/2013 .

Se ha personado en este recuso como parte recurrida doña Almudena , representada por el procurador de los tribunales don Guzmán de la Villa de la Serna y asistida del letrado don Javier Corchon Barrientos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** *Resolución recurrida en casación y hechos del litigio .*

1 . Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia pronunciada el 12 de diciembre de 2016 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de apelación núm. 625/2013 .

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio, en lo que hace a las cuestiones que suscita el recurso que nos ocupa, son los siguientes:

a) La Sra. Almudena interpuso recurso contencioso-administrativo impugnando la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada formulado contra la resolución de 16 de septiembre de 2012, del Director Gerente de la Comarca Uribe, del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, que le comunicó que "al finalizar la jornada del día 1 de octubre de 2012, su nombramiento quedará extinguido, cesando, por tanto, toda vinculación con esta Organización de Servicios".

b) En su demanda alegó, en síntesis, que: (1) Viene prestando servicios para Osakidetza desde el 1 de agosto de 1994, a través de distintos nombramientos, si bien, desde el año 2004 de forma ininterrumpida; el último de ellos se prorrogó con fecha 2 de octubre de 2007. (2) Dicha prórroga como personal estatutario eventual lo era para el desempeño de funciones de Auxiliar Administrativo-OSS-AD y destino en la organización de servicios Comarca Uribe. (3) A pesar de ello, ha venido prestando servicios en distintos centros de trabajo, con diferentes cometidos. (4) Como puede comprobarse por el Informe de Vida Laboral, la demandada ha realizado infinidad de altas y bajas a la actora en la Seguridad Social, siendo las tres últimas las realizadas con fecha 1 de octubre de 2004, hasta el 25 de marzo de 2009; la siguiente, del 26 de marzo de 2009 al 1 de agosto de 2010; y, por último, del 2 de agosto de 2010 en adelante. (5) La demandada utiliza a la actora como un "comodín" que va realizando sustituciones, y cubriendo necesidades del servicio, con un nombramiento genérico que no se corresponde con las tareas desarrolladas.

En dicha demanda invocó, transcribiendo sus números 1 y 3, el art. 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud .

Argumentó, en lo que ahora es de interés, que "la resolución de 16 de septiembre de 2012, por la que se finaliza el nombramiento de mi mandante deberá ser anulada, manteniéndose el nombramiento en su día realizado hasta que se den los requisitos legales para la finalización del mismo, todo ello con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a mi mandante, con ocasión de tal resolución antijurídica, que le ha privado de poder seguir prestando servicios tras casi veinte años trabajando para la demandada, con base en un cese ilegal e improcedente".

Y, en fin, en su suplico solicitó una sentencia que declarará aquella resolución no ajustada a derecho, "con las demás consecuencias que en derecho procedan, incluido el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la actora, que habrán de ser determinados en ejecución de sentencia".

c) En el soporte informático del trámite de "vista" regulado en el art. 78 de la LJCA , se constata que ninguna de las partes propuso la práctica de pruebas, remitiéndose la dirección letrada de la Administración al contenido del expediente administrativo.

-En él obra un informe emitido por la Gerente Comarca Uribe en el que se lee:

"[...]

La actora es integrante de las Bolsas de contratación del año 2004 (en vigor hasta el 20 de mayo del 2009) para la cobertura de sustituciones y eventualidades de los centros de salud del Txoriherri de la Comarca Uribe (Derio, Zamudio y Lezama) en la categoría de auxiliar administrativo, ocupando la posición nº 253.

Desde el año 2004 ha suscrito los nombramientos que figuran en anexo a este informe (DOC. 1).

[La actora] no figura, sin embargo, en la bolsa para la cobertura de sustituciones y eventualidades correspondientes a los años 2008 (en vigor desde el 21 de mayo de 2009) y 2011 (de aplicación desde el 8 de marzo de 2012) en la categoría de auxiliar administrativo.

Del 26/03/2009 al 25/09/2009, cuando todavía resultan de aplicación las Listas del 2004 (en vigor hasta el 20 de mayo de 2009), es suscrito por la demandante un nombramiento eventual para la prestación de servicios de carácter temporal en la Unidad de Txoriherri que se prorroga hasta el 01/02/2010 (DOC. 2).

Del 02/02/2010 al 01/08/2010 suscribe un nuevo nombramiento eventual que se prorroga hasta el 01/10/2012, fecha en la que, vencido el plazo y puesto que la profesional no figura en las Bolsas de contratación de la categoría correspondiente, se da por finalizado el contrato (DOC. 3)



[...] el nombramiento del 02/02/2010 suponía una continuidad del nombramiento anterior, que finalizaba el 01/02/2010.

[...]

Desde el 26/03/2009, ha prestado servicios en la Unidad de Txoriherri, cubriendo las necesidades no estructurales que iban surgiendo con motivo de las ausencias de los profesionales de plantilla que suponían incremento de la actividad en el área de atención del cliente [...].

d) Ese DOC. 1 muestra (desechando uno anterior en que fue nombrada "Celador/a-AD") que la actora, desde el 03/01/2004 hasta el 31/03/2007, desempeñó -en virtud de nombramiento o prórroga y sin solución de continuidad, pues todos/as enlazan entre sí, comenzando el día laboral siguiente del/de la anterior- el empleo de "Auxiliar Administrativo-OSS" para la Comarca Uribe por "Necesidades de Servicio" (denominación, ésta, que figura en veintiséis de las treinta y cuatro líneas de ese documento referidas a aquel periodo). Muestra, asimismo, que desde el 01/04/2007 hasta el 01/10/2012, también sin solución de continuidad, desempeñó el empleo de "Aux. Administración y AT.USU", igualmente por "Necesidades de Servicio" (denominación que es de ver en dieciocho de las veintiuna líneas de ese segundo periodo).

e) Los dos nombramientos (DOC. 2 y DOC. 3) que obran en el expediente (lo demás son prorrogas), de 26 de marzo de 2009 y 2 de febrero de 2010, se encabezan como "Nombramiento Estatutario de Carácter Eventual"; citan los arts. 26.5 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, y 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud; y nombran a la actora "para la prestación de servicios mediante una relación de empleo estatutario con carácter EVENTUAL como Auxiliar Administrativo-OSS-AD, siendo la causa del nombramiento la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, y la duración del mismo del día 26 de marzo de 2009 al día 25 de septiembre de 2009 (el primero), y del día 2 de febrero de 2010 al día 1 de agosto de 2010 (el segundo)".

### **Segundo. La sentencia del Juzgado**

Aquel recurso interpuesto por la actora se registró con el núm. 77/2013 y se siguió por los trámites del procedimiento abreviado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao; que dictó sentencia desestimatoria de fecha 30 de julio de 2013.

En esa sentencia se afirma como apreciación de la Juzgadora (así lo entendemos dado el apartado en que figura y los términos en que se expresa) que la actora "ha prestado servicios en Osakidetza desde el 1 de agosto de 1994 y de forma ininterrumpida desde el año 2004".

Entre sus argumentos destacan, por su relación con las cuestiones que este Tribunal ha de abordar en esta casación, los dos siguientes: Es "indiferente que los conceptos que figuran fueren 'prestación temporal, coyuntural o extraordinaria' o 'necesidades del servicio', pues ambos aguardan un mismo concepto". "Sus contratos lo fueron por 'necesidades de servicio', siendo éste un concepto amplio que puede incluir (no sólo las funciones del determinado puesto que ahí se menciona, sino también) funciones atribuidas a otros puestos de trabajo en otros momentos e incluso adicionar unas y otras".

### **Tercero. Recurso de apelación y planteamiento de cuestión prejudicial**

Contra esa sentencia interpuso la actora recurso de apelación, del que conoció la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que quedó registrado con el nº 625/2013.

Dicha Sección acordó mediante auto de fecha 9 de marzo de 2015:

"Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las siguientes cuestiones prejudiciales:

Primera.- La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, ¿debe ser interpretada en el sentido de que se opone a una legislación nacional que, en los supuestos de abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada, no reconoce con carácter general, en el caso del personal estatutario temporal eventual y a diferencia de lo que ocurre en idéntica situación para los contratados laborales por la Administración, el derecho al mantenimiento del

vínculo como indefinidos no fijos, es decir, con derecho a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente establecidos?

Segunda.- En el caso de responderse negativamente la cuestión anterior, ¿el principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el Juez nacional puede considerar que ambas situaciones, la del contratado laboral por tiempo determinado por la Administración y la del personal estatutario temporal eventual, son similares cuando se produce un abuso en la utilización de contratos de trabajo de duración determinada o bien, aparte de la identidad del empleador, la identidad o similitud de los servicios prestados y la duración determinada del contrato de trabajo, el Juez nacional debe considerar otros elementos al efectuar el juicio de similitud, tales como, por ejemplo, la naturaleza específica de la relación laboral o estatutaria del empleado o la potestad de la Administración para autoorganizarse, que justifican un tratamiento diferenciado de ambas situaciones?

#### **Cuarto.** *La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Mediante sentencia de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 (entre Almudena y Servicio Vasco de Salud -asunto C-184/15 -, y entre Teodulfo y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz -asunto C-197/15 ), el TJUE declaró:

"1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión."

#### **Quinto.** *La sentencia dictada en apelación. Sus fundamentos de derecho y su fallo*

Dicha sentencia se dictó con fecha 12 de diciembre de 2016 .

Sus fundamentos de derecho son, en lo que importa, del siguiente tenor:

"[...]

La respuesta que debemos ofrecer por nuestra parte en esta Apelación está indudablemente condicionada por dos factores, veamos.

De un lado el Auto de 9 de marzo de 2015 mediante el que se planteó la Cuestión Prejudicial muestra en su Razonamiento Jurídico Cuarto la valoración que la Sala efectúa respecto de la sucesión de nombramientos de que ha sido objeto la apelante desde el 2 de febrero de 2010 concluyendo con que ha sido abusiva, contraria a derecho.

Y de otro la respuesta, tan concreta en este caso que prácticamente lo deja resuelto, que proporciona el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia antes referida y a cuyo texto nos remitimos pero que podemos resumir en que, en efecto, la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza.

Cuestión distinta es la respuesta a la reclamación de daños y perjuicios que se demandaba y es que con independencia de que sea este el proceso adecuado para su reclamación, tal y como expone el Tribunal de Justicia de la Unión, lo cierto es que para ello hubiese resultado imprescindible que en la demanda se concretasen tales daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada, en suma, es en el plenario y no en ejecución -como pretendía la actora- donde han de quedar determinados tales daños y perjuicios.

Así lo exigen además los arts. 219 de la LEC claramente y el 67 de la LJ al imponer que sea en la Sentencia donde se resuelva sobre las cuestiones planteadas -y la indemnización de daños y perjuicios está entre ellas-.

En resumen, la apelante continuará vinculada a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá la interesada la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del Auto antes citado se infiere que la actora fue nombrada sin atender a los límites objetivos que configuran el nombramiento de naturaleza temporal."

Y su fallo dispuso:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso de Apelación formulado por (la actora) contra la Sentencia nº 112 dictada el 30 de julio por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de los de Bilbao en el Procedimiento Abreviado nº 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.

Cada litigante soportará las costas procesales causadas a su instancia en la Apelación".

#### **Sexto.** *Preparación del recurso de casación y auto de admisión*

El Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud presentó el día 27 de enero de 2017 escrito de preparación del recurso de casación contra esa sentencia, que se tuvo por preparado mediante auto de aquella Sección Tercera de fecha 1 de febrero siguiente.

Ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se personó en concepto de recurrente dicho Ente Público; y también, en concepto de recurrida, la actora.

Después de ello, la Sección Primera de esta Sala dictó auto de fecha 30 de mayo de 2017 en el que acordó, en lo que ahora interesa:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Osakidetza/Servicio Vasco de Salud contra la sentencia de 12 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el recurso de apelación núm. 625/2013 .

Segundo.

Precisar que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

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.



Tercero.

Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 2.2 y 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud; el artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; y el artículo 135 de la Constitución ."

**Séptimo.** *Providencias entendiendo innecesaria la vista pública y señalando para votación y fallo*

Por providencia de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 30 de octubre de 2017, se consideró innecesaria la celebración de vista pública. Y por otra, de 16 de febrero de 2018, se señaló para la votación y fallo el día 22 de mayo de 2018.

En ese día comenzó, en efecto, la votación y fallo de este recurso, prolongándose la deliberación, sin embargo, hasta el día 3 de julio de 2018.

**Octavo.** *Incumplimiento del plazo para dictar sentencia*

La complejidad de las cuestiones a decidir y la obligación de resolver simultáneamente otros recursos, no ha permitido dictar esta sentencia en el plazo que fija la LJCA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** *Remisión a lo expuesto en los antecedentes de hecho*

En esos antecedentes de hecho hemos dado cuenta de lo acaecido en el proceso desde su inicio hasta el auto de admisión de este recurso de casación, haciéndolo con el detalle preciso para su cabal percepción.

Nos remitimos así a dichos antecedentes, que sólo recordaremos en estos fundamentos de derecho en la medida en que sea necesario para decidir las cuestiones que hemos de abordar.

**Segundo.** *El escrito de interposición*

La dirección letrada del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud argumenta en ese escrito, dicho aquí en síntesis, lo siguiente:

I.- Sobre la consideración de indefinido no fijo

Primero: Normas infringidas del ordenamiento jurídico y aplicación errónea de la Directiva 1999/70/CE.

1. Se infringe el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, de Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud -EMPE.

Esta parte considera que en ningún caso puede el personal funcionario eventual asimilarse al personal contratado de duración determinada de carácter laboral, que también existe en el sector público español, pero que se rige por las normas del Estatuto de los Trabajadores.

Esto es así, al entender de esta parte, porque los principios y criterios que informan la ordenación del régimen estatutario aplicable al personal de los servicios públicos de salud del Estado Español, entre los que se engloba el vasco Osakidetza, que están establecidos tanto en el EMPE - art.4- como en la propia Constitución Española-CE - art. 103.3- "Igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario" unidos al derecho reconocido a la "protección de la salud" y al deber de los poderes públicos de establecer medidas y prestar servicios a tal fin, que la CE dispone en su art. 43, deben considerarse como los elementos que impiden efectuar el juicio de similitud entre los contratos o relaciones laborales de duración determinada y personal estatutario de carácter eventual.

En la sentencia que se recurre no se establecen cuáles son los requisitos para entender abusivo un nombramiento eventual, lo que ya por definición genera inseguridad jurídica. Además, en la sentencia tampoco se

ha acreditado el carácter abusivo o fraudulento del nombramiento eventual de la Sra. Almudena sin que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco haya fundamentado en qué se basa el supuesto carácter "abusivo" del nombramiento.

En el presente caso, el cese del nombramiento de la recurrente iniciado el 2 de febrero de 2010 se produce el 1 de octubre de 2012 siguiendo lo previsto en el párrafo último del art. 9.3 del EMPE, ya que Osakidetza no considera que proceda la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. Las circunstancias que han justificado la renovación del nombramiento eventual desde el año 2010 y durante dos años y cinco meses, no permiten considerar que el mismo sea abusivo, ni tampoco pueden obligar a esta Administración a pasar por un "nombramiento indefinido no fijo" que no está justificado ni se requiere ya desde el año 2012.

Por otro lado, no toda concatenación de contratos o nombramientos de duración determinada -eventuales- puede ser calificada de abusiva (momento en que cita y transcribe el art. 9.3 de EMPE).

Es más, la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada no considera toda renovación de contratación temporal como abusiva, sino que establece que puedan existir razones objetivas que justifiquen la renovación (cláusula 5, apartado 1, que transcribe).

En el presente caso, existe normativa autonómica, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, que en su art. 26.5 establece un plazo máximo de 3 años para la duración de los nombramientos estatutarios eventuales. Por tanto, sí existe una ley que cumple las previsiones del Acuerdo Marco y, en consecuencia, no estamos ante una contratación abusiva, al no haber superado el plazo máximo de 3 años, ya que fue de 2 años y 5 meses y Osakidetza consideró que era innecesario en ese tiempo prudencial la creación de una plaza estructural sin haber alcanzado el plazo máximo de 3 años establecido en la normativa aplicable.

Hay que recordar que una de las medidas recogidas en el Acuerdo Marco de la Directiva, para prevenir el abuso en la utilización sucesiva de los contratos de duración determinada, es fijar la duración máxima total de los contratos. Tal previsión es la que precisamente se establece en la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, ya citada.

A mayor abundamiento, si el abuso se hubiera producido, no debiera corregirse con la declaración de personal indefinido no fijo (el cual es laboral), sino aplicando la norma que se hubiera pretendido eludir, como cita el art. 6.4 del Código Civil. En consecuencia, se trataría de una interinidad en vacante, de las contempladas en el art. 9.2 del EMPE, si es que hubiera existido la necesidad de cobertura de dicha plaza en vacante. La única transformación posible sería la de nombramiento eventual en nombramiento interino en vacante, pues la declaración de "indefinido no fijo" sólo es para corregir el fraude en la contratación laboral temporal.

La figura del indefinido no fijo en las relaciones estatutarias temporales por abuso de los nombramientos eventuales no tiene amparo en norma legal alguna y vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad ( art. 23.2 y 103.3 de la CE y art 33.1 del EMPE).

La declaración de personal indefinido no fijo exigiría una modificación de las normas legales vigentes. La modificación que hubiera amparado el fallo de la sentencia que se recurre consistiría en imponer a los Servicios de Salud la creación de una plaza vacante en sus plantillas orgánicas cuando los nombramientos eventuales superasen el periodo máximo establecido en dichas normas (en Euskadi la Ley 8/1997, de Ordenación Sanitaria de Euskadi prevé un plazo máximo de 3 años) y siempre que se acredite el posible carácter abusivo de la contratación, porque las decisiones jurisdiccionales deben interpretar el derecho pero no novarlo y no pueden imponer una obligación que no tiene amparo legal.

Osakidetza, en el año 2012, aunque hubiera querido, que no es el caso porque ya se ha manifestado que tácitamente consideró que no era necesaria la plaza y procedió al cese al término de la última renovación, no lo hubiera podido realizar porque existía prohibición en la Ley de Presupuestos de crear plazas, es más solo se permitía cubrir el 10% de las plazas que quedarán vacantes por diferentes motivos -tasa de 10% de reposición-. En este contexto resulta contrario a la Ley que se imponga una "sanción" a Osakidetza (en sentido amplio) por no haber realizado algo que la ley le prohibía, aunque hubiera querido.

Es preciso no olvidar que las características de la función pública sanitaria, que debe garantizar la asistencia sanitaria 24 horas al día los 365 días del año, requiere por definición la contratación temporal para atender a la población.

## 2. Se infringe el art. 2.2 del EMPE.

Dicho artículo refiere que, en lo no previsto en el EMPE, en las normas del artículo 3, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios



generales sobre función pública de la Administración correspondiente por lo que no es de aplicación supletoria la norma laboral.

3. Se infringe el art. 2.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015 .

La sentencia que se recurre realiza una aplicación supletoria de la normativa laboral que infringe ese artículo.

4. Se infringe el art. 135 de la Constitución Española .

La posibilidad de creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, en la actualidad y especialmente en la época de la no renovación del nombramiento de la recurrente, en octubre del año 2012, está impedida por las medidas de contención del déficit público -contención del gasto y estabilidad presupuestaria- (momento en que la parte cita la modificación de 27 de septiembre de 2011 del art. 135 de la Constitución , que limita el déficit estructural y el volumen de la deuda pública en garantía de la estabilidad presupuestaria y para reforzar el compromiso de España con la Unión Europea; y, también, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado -arts. 23- que establecen la prohibición de crear nuevas plazas en el sector público con la salvedad del ámbito sanitario público para el que se ha fijado una tasa de reposición del 10% de plazas ya existentes que quedan vacantes).

II.- Sobre el derecho a la indemnización

Al contrario de lo que parece indicar la sentencia que se recurre en lo relativo a la percepción de indemnización al cese, esta parte considera que no cabe indemnización alguna cuando se trata de la finalización de un nombramiento que era estatutario en su origen. En la sentencia que se recurre no se justifica este presunto derecho siendo necesario resaltar que no hay ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico, ni existe directiva ni jurisprudencia europea que ampare el derecho a la indemnización.

Ahí no existe ninguna diferencia de trato entre el cese del personal estatutario fijo y el cese del personal estatutario eventual.

**Tercero.** *El escrito de oposición*

La dirección letrada de la Sra. Almudena argumenta en ese escrito, dicho también en síntesis, lo siguiente:

Primero.

I.- Sobre la infracción del art. 9.3 de la Ley 55/2003 .

Parece olvidar la recurrente que la Sala a la que me dirijo ya ha concretado cuales son las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, siendo que el primero de ellos parte de la constatación de la utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario, que es el punto de partida para el acceso al presente recurso.

La sentencia de instancia señala que el nombramiento de 2 de febrero de 2010 suponía una continuidad del nombramiento anterior que finalizaba el 1 de febrero de 2010.

Pues bien, la contratación anterior es de fecha 26 de marzo de 2009. Por tanto, no es cierto que no se hayan superado los 3 años desde dicho nombramiento, y eso si considerásemos exclusivamente el inmediatamente anterior a la prórroga de 2 de febrero de 2010, que es al que la Juzgadora de instancia hace referencia, sin hacer mención a que la trabajadora llevaba más de 8 años trabajando de forma continuada para la recurrente sin transcurrir un solo día entre sus distintos nombramientos.

Desconocemos cuánto tiempo necesita la Administración para analizar si, después de una década contratando a una persona, tiene o no necesidad de mantener la plaza que ocupa; en cualquier caso, el retraso en hacerlo es únicamente imputable a la Administración, que ha incumplido, quintuplicando, los plazos legales para hacerlo, de manera que no puede pretender que sea la trabajadora quien salga aún más perjudicada por el incorrecto actuar de una Administración que, a lo largo del dilatado procedimiento, no ha dado aún ninguna justificación para entender que las necesidades que amparaban las reiteradas contrataciones de la actora,

desaparecieron el 1 de octubre de 2012, sin olvidarnos tampoco que, a estas alturas, seguimos desconociendo cuales fueron tales necesidades.

## II.- Sobre la infracción del art. 2.2 de la Ley 55/2003 .

Ante una contratación en fraude de ley por parte de la Administración, los Tribunales vienen condenando a ésta a mantener a dichos trabajadores hasta la amortización de la plaza o su cobertura reglamentaria, sin que ello vulnere ni el Estatuto Marco, en el que no está prevista dicha situación de fraude, ni la normativa subsidiaria (el Estatuto Básico del Empleado Público a que de contrario se hace referencia en el apartado siguiente).

## III.- Sobre la infracción del art. 2.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015 .

El contenido de la denuncia reitera que ante la falta de regulación en el EMPE, la sentencia de instancia debiera haber aplicado de forma supletoria lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público, olvidando que en dicha norma tampoco se regula la situación que ahora se estudia, lo que obliga a acudir a la respuesta que los Tribunales vienen dando de forma unánime ante situaciones similares, sin olvidar que tampoco puede considerarse a la misma como "normativa laboral", como de contrario se pretende, pues la permanencia de un trabajador en una empresa no depende de la cobertura "reglamentaria" de su plaza, siendo esta una situación que únicamente se produce cuando, como el caso que nos ocupa, se produce con ocasión de un trabajo temporal en una Administración Pública.

Ni en el EMPE ni en el EBEP, se regula una situación de fraude en la contratación.

## IV.- Sobre la infracción del art. 135 de la Constitución Española .

Señala la contraparte que no se podía haber creado una plaza estructural en la plantilla del centro con las medidas de contención del déficit existentes en el año 2012.

Sin embargo, olvida que la sentencia que recurre no establece la obligación de crear ninguna plaza estructural.

Ni en el tenor, ni en el espíritu de la Carta Magna se refleja la posibilidad de evadir la responsabilidad de la Administración incumplidora frente a la respuesta de los Tribunales con el argumento del margen establecido para el déficit estructural.

### Segundo.

#### A) Sobre la solución jurídica aplicable.

Aquí, cita y transcribe en parte, al igual que hizo la recurrente, numerosas sentencias de otros órganos de esta jurisdicción. Y afirma que la conclusión que obtenemos es que la respuesta que da la resolución recurrida es la misma que viene aplicando de forma unánime la jurisprudencia desde hace dos décadas, tanto ante la vulneración concreta y específica del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios Salud, como del más habitual Estatuto Básico del Empleado Público. De forma que si bien, ciertamente, tal doctrina jurisprudencial tuvo su origen en el Orden Social, la misma ha sido asumida desde hace años en el Orden Contencioso-Administrativo, tal y como hemos puesto de manifiesto en una breve selección de las decenas de sentencias dictadas en supuestos similares.

#### B) Sobre el derecho a la indemnización.

A nuestro entender, la indemnización a percibir por la actora lo es por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del actuar antijurídico de la Administración, y comprende dos conceptos que pueden ser calculados en dos momentos distintos: el primero de ellos se concreta en las retribuciones dejadas de percibir desde que se produce un cese, calificado como no ajustado a derecho, hasta la fecha del efectivo reingreso.

A juicio de quien suscribe ese concreto concepto que integra la indemnización a percibir, puede y debe ser calculada una vez se produzca la readmisión objeto de condena; antes no puede realizarse el cálculo, por motivos obvios, al no conocerse el "dies ad quem" que pone fin al cómputo. Por otro lado, entendemos que el abono de dicha cantidad no debe de demorarse hasta que finalice la relación entre las partes, dado que la misma puede



prolongarse en el tiempo (ya que éste es de duración "indefinida"), por lo que retrasar su percibo solo tendría consecuencias negativas para las partes, dada la situación de necesidad en la que se pueden ver envueltos algunos trabajadores, como en el caso que ahora nos ocupa, en los que han transcurrido más de 5 años desde que se produjo su cese; además, la Administración habría de pagar unos intereses que podría ahorrarse mediante un abono de la indemnización cercano en el tiempo a la fecha del reingreso.

El segundo de los conceptos que, a nuestro entender ha de integrar la indemnización a percibir por quien ha sido víctima de contratación abusiva, es al que expresamente se refiere la sentencia de instancia cuando señala que la actora debiera percibir la indemnización señalada por el TJUE en el caso de mantenerse las circunstancias legales actuales, en el supuesto de resultar necesario su cese.

En el presente supuesto las notas de la relación entre la trabajadora y la Administración abusadora, son más afines a las del personal laboral que a las del temporal estatutario en que la Administración quiere encuadrarla, pero sin respetar la normativa que rige la misma. De esta forma, la decisión a tomar no ha de serlo con base en el Estatuto Marco del Personal Estatutario, ni siquiera en el Estatuto Básico del Empleado Público, pues la situación que ahora se estudia parte de la base de la vulneración de la legalidad vigente por parte de la Administración, y no aparece recogida en ninguno de ambos textos. Por ello procede dar una solución utilizando por analogía una situación en la que sí está previsto que pueda amortizarse el puesto de trabajo en una relación que se ha convertido en indefinida, cual es la recogida en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, que permite dicha amortización y por ello el cese de la relación entre las partes, poniendo a disposición del trabajador afectado una indemnización de 20 días por año trabajado.

#### **Cuarto. Breve apunte sobre los principios de eficacia directa y de primacía**

Algunas afirmaciones del escrito de interposición, como son, singularmente, aquellas en que se lee que "las decisiones jurisdiccionales deben interpretar el derecho pero no novarlo y no pueden imponer una obligación que no tiene amparo legal"; o, "resulta contrario a la Ley que se imponga una 'sanción' a Osakidetza (en sentido amplio) por no haber realizado algo que la ley le prohibía, aunque hubiera querido", hacen aconsejable ese breve apunte como punto de partida.

A) Desde la sentencia Van Gend & Loos, de 5 de febrero de 1963, dictada en el asunto 26/62, se entiende proclamado el conocido principio de eficacia directa, según el cual las normas del Derecho de la Unión deben desplegar, por sí mismas, plenitud de efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda su vigencia. En consecuencia, crean derechos y obligaciones para todos aquellos que puedan verse afectados por su ámbito de aplicación, pudiendo ser invocadas ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales), las cuales tienen la obligación de salvaguardar esos derechos y obligaciones (su evolución jurisprudencial puede verse, entre otras muchas, en las SSTJUE de 19 de diciembre de 1968, Salgoil, C-13/68; 6 de octubre de 1970, Grand, C-9/70; 17 de diciembre de 1970, SACE, C-33/70; 24 de octubre de 1973, Schlüter, C-9/73; 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, C-41/74; 5 de abril de 1979, Ratti, C-148/78; 19 de enero de 1982, Becker, C-8/81; 20 de septiembre de 1988, Moorman, C-190/87; o 19 de noviembre de 1991, Francovich, C-6/90 y 9/90).

B) A su vez, en la sentencia Costa-ENEL, de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, se afirmaría el principio igualmente conocido de la primacía del Derecho de la Unión sobre los Derechos Nacionales, que exige, en caso de incompatibilidad entre uno y otro, el cumplimiento de aquél por encima de cualquier regla de Derecho interno, incluidas las propias Constituciones (SSTJUE, por todas, de 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm, C-14/68; 13 de julio de 1972, Comisión c. Italia, C-48/71; o 4 de abril de 1974, Comisión c. Francia, C-167/73).

Tales principios pueden entenderse resumidos en la doctrina de la sentencia Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/77, a través de las declaraciones que efectúa, como más significativos, en sus apartados 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24 y 26, y en la que respondió a las cuestiones prejudiciales allí planteadas afirmando que: "Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del 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 (también, por supuesto y como declara en tales apartados, las anteriores) sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional".

En esta línea, el apartado 59 de la STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, afirma que, "según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una

característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70 , Rec. p. 1125, apartado 3 , y de 8 de septiembre de 2010 , Winner Wetten, C-409/06 , Rec. p. I-8015, apartado 61)" .

En definitiva, en caso de incompatibilidad o colisión entre un acto normativo de la Unión dotado de eficacia directa y una norma de derecho interno, cualquiera que sea su rango, debe el Juez Nacional dejar inaplicada ésta en favor de la aplicación de aquél.

Al hilo de ello, y sin necesidad de mayor profundidad, como, por ejemplo, la relativa a la "eficacia directa horizontal", alguna vez puesta en tela de juicio, de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco que incorpora en su Anexo, lo que no es cuestionable en absoluto es su "eficacia directa vertical". Nada de esto se ha planteado en este recurso de casación y nada por tanto debemos añadir a lo ya dicho.

Pero si procede, para terminar y por constituir un lógico refuerzo de lo expuesto en este breve apunte, recordar lo que hoy dispone el art. 4 bis, apartado 1, de la LOPJ, añadido a ésta por el art. Único . 2 de Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio . Según su tenor: "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

**Quinto. Breve apunte sobre la inexistencia de tacha de inconstitucionalidad en la creación jurisprudencial de la relación de empleo "indefinida no fija"**

Otra vez, una afirmación del escrito de interposición, como es aquella en la que se lee que "La figura del indefinido no fijo en las relaciones estatutarias temporales por abuso de los nombramientos eventuales no tiene amparo en norma legal alguna y vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad ( art. 23.2 y 103.3 de la CE y art 33.1 del EMPE)", aconseja el breve apunte que ahora hacemos.

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4434/2008, el Tribunal Constitucional (TC) analizó las dudas que determinado Juez de lo Social planteaba sobre la constitucionalidad, en definitiva, de aquella creación jurisprudencial. Aunque la cuestión fue inadmitida, en el Auto del Pleno del TC 124/2009, de 28 de abril , cabe leer lo siguiente:

"[...]

Razonaba la resolución (la providencia del Juez de lo Social abriendo trámite de audiencia sobre si procedía plantear la cuestión) que en el caso de autos, de acuerdo con la doctrina judicial pacífica (elaborada por el Tribunal Supremo a raíz de su Sentencia de 20 de enero de 1998 ), procedería la declaración de laboralidad y del carácter indefinido (sin fijeza en plantilla) de la relación contractual, pese a que los demandantes no fueron objeto de selección a través de los procedimientos reglados que garantizan los principios constitucionales consagrados en los arts. 14 , 23.2 y 103 CE . Consideraba el juzgador que, frente a ello, lo procedente sería declarar la nulidad de la contratación, sin perjuicio del abono de los salarios devengados (art. 9.2 LET) y de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios. La cuestión de inconstitucionalidad afectaría por tanto, concluía la providencia, a la interpretación que la comunidad jurídica viene dando de los arts. 8.1; 15.1, 15.3 y 43.4 LET, que podría resultar no ajustada al mandato constitucional.

[...]

... en el ATC 364/1991, de 10 de diciembre , al igual que en otros previos que en él se citan, dispusimos que las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público. La contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE , a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales. Los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad.



Pues bien, a evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en estos temas. Por consiguiente, al margen de la hipótesis de una distinta interpretación de las normas cuestionadas, como por ejemplo la que el Juzgado de lo Social propone, la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no en casos como el que enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento ( STC 47/2005, de 3 de marzo , F. 10 in fine), ya que en todo caso impide (con la indefinición frente a la fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución.

[...]

En definitiva, la duda que alienta el Juez proponente sobre la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas olvida que de nuestra jurisprudencia se deduce la constitucionalidad de opciones interpretativas como las que concreta la jurisprudencia unificada en la materia, lo que determina que la cuestión resulte notoriamente infundada.

[...]"

**Sexto.** *La cláusula 1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE*

Es sabido que el Acuerdo marco tiene un doble objeto, que se expresa en su cláusula 1 en estos términos:

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

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

Es este segundo el que está concernido en el recurso de casación que decidimos, siendo la cláusula 5 de tal Acuerdo y su interpretación por la jurisprudencia del TJUE, lo que fundamenta, en definitiva, la decisión adoptada en la sentencia recurrida. De ahí que debamos prestar especial atención a una y otra

**Séptimo.** *La cláusula 5. Una breve referencia al Preámbulo del Acuerdo marco*

Esa cláusula 5, bajo el epígrafe "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva", establece lo siguiente:

"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."

A su vez, en la Consideración general 6 del Preámbulo del Acuerdo marco se considera que "los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, y que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento"



**Octavo.** *La jurisprudencia del TJUE sobre esa cláusula 5*

En éste recurso de casación obra incorporada a las actuaciones la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 , en la que dicho Tribunal da respuesta a las cuestiones prejudiciales que planteó la Sala de instancia antes de dictar la sentencia recurrida (ver sobre ello los antecedentes de hecho tercero y cuarto).

Por tanto, nada mejor que acudir a ella para el análisis de esa jurisprudencia.

De sus apartados, transcribimos los siguientes:

"[...]

34 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de que exista utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo.

35 Ante todo, cabe recordar que la cláusula 5 del Acuerdo marco, que tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto establecer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera, cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Las tres medidas enumeradas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula se refieren, respectivamente, a 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 (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartados 73 y 74; de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartados 54 y 56, y de 26 de noviembre de 2014 (TJCE 2014, 455), Mascolo y otros, C-22/13 , C- 61/13 , C-63/13 y C-418/13 , EU:C:2014:2401 , apartados 72 y 74).

36 Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 94; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , EU:C:2006:517 , apartado 51; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Vassallo, C-180/04 , EU:C:2006:518 , apartado 36, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 62, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, EU:C:2014:2447 , apartado 44).

37 A falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas, que deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, no deben sin embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 95; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Vassallo, C-180/04 , EU:C:2006:518 , apartado 37, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 63, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, EU:C:2014:2447 , apartado 45).

38 De ello se desprende 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. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben

«[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva» (véanse las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 102; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Vassallo, C-180/04 , EU:C:2006:518 , apartado 38, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 64).

39 A este respecto, debe recordarse que la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 91; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , EU:C:2006:517 , apartado 47; de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartados 145 y 183, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 65, y el auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, EU:C:2014:2447 , apartado 47).

40 De esto se desprende que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (sentencias de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , EU:C:2006:517 , apartado 48, y de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , EU:C:2006:518 , apartado 33).

41 No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 105; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino (TJCE 2006, 229), C-53/04 , EU:C:2006:517 , apartado 49; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , EU:C:2006:518 , apartado 34, y de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartados 161 y 184).

42 Además, es necesario recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco (sentencias de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , EU:C:2006:518 , apartado 39, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 66, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, EU:C:2014:2447 , apartado 48).

43 Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno constituyen una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada (sentencias de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 229), Marrosu y Sardino, C-53/04 , EU:C:2006:517 , apartado 56; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04 , EU:C:2006:518 , apartado 41, y de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 67 y jurisprudencia citada, y auto de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C-86/14 , no publicado, EU:C:2014:2447 , apartado 49).

44 Sin embargo, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su apreciación (sentencias de 3 de julio de 2014 (TJCE 2014, 236), Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 68 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014 (TJCE 2014, 455), Mascolo y otros, C-22/13 , C-61/13 , C-63/13 y C-418/13 , EU:C:2014:2401 , apartado 83).

45 En el caso de autos, en la medida en que el tribunal remitente ya ha apreciado el carácter abusivo, en el sentido del Acuerdo marco, de la utilización de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en los dos litigios principales, ha lugar a pronunciarse únicamente acerca del carácter apropiado y suficientemente



efectivo de las medidas previstas en el Derecho nacional para sancionar los abusos cuya existencia se ha observado.

46 Sobre este particular, el tribunal remitente estima que existe una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo, con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo.

47 En cambio, comoquiera que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal.

48 Con arreglo a la jurisprudencia recordada en los apartados 40 y 41 de la presente sentencia, en principio la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal.

49 Por consiguiente, si el tribunal remitente declarase que en Derecho español no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco.

50 Según reiterada jurisprudencia, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (véase, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 106 y jurisprudencia citada).

51 En consecuencia, incumbe a los tribunales del Estado miembro de que se trate garantizar la observancia de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, velando por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco (sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 165).

52 Más concretamente, el tribunal nacional debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos «de duración determinada» en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 166).

53 En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

54 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a

menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

#### Sobre la tercera cuestión prejudicial

55 Mediante su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si lo dispuesto en el Acuerdo marco, en relación con el principio de efectividad, debe ser interpretado en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando se declara la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en lugar de poder reclamar la reparación del daño sufrido mediante un incidente procesal en el curso del procedimiento en el que se declara tal abuso.

56 Debe recordarse que, en virtud de la cláusula 8, apartado 5, del Acuerdo marco, la prevención y la resolución de litigios y de quejas que resulten de la aplicación de dicho Acuerdo se tratan con arreglo a la legislación, a los convenios colectivos y a las prácticas nacionales (sentencias de 15 de abril de 2008 (TJCE 2008, 82), Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartado 39, y de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartado 172, y autos de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , no publicado, EU:C:2008:346 , apartado 140, y de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08 , no publicado, EU:C:2009:269 , apartado 95).

57 Ante la inexistencia de normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables (sentencias de 15 de abril de 2008 (TJCE 2008, 82), Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartado 44, y de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C-177/10 , EU:C:2011:557 , apartado 87, y autos de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , no publicado, EU:C:2008:346 , apartado 141, y de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08 , no publicado, EU:C:2009:269 , apartado 96).

58 Como se desprende del apartado 37 de la presente sentencia, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. Las modalidades de aplicación de estas normas deben ser conformes con los principios de equivalencia y efectividad (sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartado 174, y autos de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , no publicado, EU:C:2008:346 , apartado 142, y de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08 , no publicado, EU:C:2009:269 , apartado 97).

59 Estas exigencias de equivalencia y de efectividad, que expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión, también se aplican respecto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en dicho Derecho. En efecto, la inobservancia de tales exigencias en ese ámbito, al igual que el incumplimiento de dichas exigencias en el ámbito de la definición de la regulación procesal, puede vulnerar el principio de tutela judicial efectiva (sentencia de 15 de abril de 2008 (TJCE 2008, 82), Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartados 47 y 48, y auto de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08 , no publicado, EU:C:2009:269 , apartado 98).

60 No obstante, corresponde al tribunal remitente, y no al Tribunal de Justicia, comprobar que el Estado miembro de que se trata ha adoptado todas las disposiciones necesarias que le permitan garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva respetando los principios de efectividad y de equivalencia (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06 , EU:C:2008:223 , apartados 43 a 55, y de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartado 176, y los autos de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , no publicado, EU:C:2008:346 , apartado 149, y de 24 de abril de 2009, Koukou, C-519/08 , no publicado, EU:C:2009:269 , apartado 101).

61 Por lo que respecta, más concretamente, al principio de efectividad, cabe recordar que la disposición procesal nacional controvertida debe analizarse asimismo teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011 (TJCE 2011, 255), Rosado Santana, C-177/10 , EU:C:2011:557 , apartado 92).

62 En el caso de autos, en virtud de las normas procesales nacionales aplicables, el tribunal nacional que conoce del litigio relativo a la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada no puede pronunciarse sobre una posible solicitud de reparación del daño sufrido por el empleado afectado.

63 Pues bien, aunque el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una normativa nacional que establece que una autoridad administrativa independiente es competente para transformar eventualmente contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido cumple a primera vista estos requisitos (sentencia de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartado 175, y auto de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , no publicado, EU:C:2008:346 , apartado 144), no es menos cierto que la obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal.

64 En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión prejudicial planteada que lo dispuesto en el Acuerdo marco, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.

[...]

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Décima) declara:

1 La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

2 Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión."

#### **Noveno.** *Otras afirmaciones de esa jurisprudencia que no han de ser olvidadas*

Las que transcribimos a continuación son útiles en la medida que complementan esos apartados de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 transcritos en el fundamento de derecho anterior:

"la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 56; de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13 , EU:C:2014:146 , apartado 38; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 ,



EU:C:2014:2044 , apartados 28 y 29, y de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13 , C-61/13 , C-63/13 y C-418/13 , EU:C:2014:2401 , apartado 67) (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15 , María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 24).

"En la medida en que el Acuerdo marco no excluye ningún sector particular, un trabajador como la demandante en el litigio principal, que presta servicios como enfermera y forma parte del personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud, está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco" (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15 , María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 25).

"hay que recordar que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco tiene por objeto alcanzar uno de los objetivos perseguidos por éste, en concreto, imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerada fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores , estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados (véanse las sentencias Adeneler y otros, antes citada, apartado 63; de 23 de enero de 2012, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , Rec. p. I-3071, apartado 73, y de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10 , apartado 25)" (STJUE de 13 de marzo de 2014, Sala Octava, C-190/13 , Márquez Samohano, ECLI: EU:C:2014:146 , apartado 41).

"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, el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores , mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04 , EU:C:2006:443 , apartado 62; de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13 , C-363/13 y C-407/13 , EU:C:2014:2044 , apartado 55, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13 , C-61/13 , C-63/13 y C-418/13 , apartado 73) (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15 , María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 27).

"Incumbe a todas las autoridades del Estado miembro interesado garantizar, en el ejercicio de sus respectivas competencias, la observancia de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco CDD, comprobando concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales, y que una disposición como el artículo 14, apartado 1, punto 3, de la TzBfG no se utilice, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empresario en materia de personal (véase por analogía la sentencia Angelidaki y otros, antes citada, apartado 106)".

"incumbe a esas autoridades examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores (véanse en ese sentido el auto de 12 de junio de 2008, Vassilakis y otros, C-364/07 , apartado 116, y la sentencia Angelidaki y otros, antes citada, apartado 157). Aunque la apreciación de la razón objetiva alegada debe referirse a la renovación del último contrato de trabajo concluido, la existencia, el número y la duración de contratos sucesivos de esa clase celebrados en el pasado con el mismo empresario pueden ser pertinentes para ese examen global" (STJUE de 26 de enero de 2012, Sala Segunda, C-586/10 , Küçük, ECLI: EU:C:2012:39 , apartados 39 y 40).

"no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo" (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13 , EU:C:2014:146 , apartado 58) (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15 , María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud, apartado 47).

"La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco 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" (Punto 1 de la parte dispositiva de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15 , María Elena Pérez López y Servicio Madrileño de Salud).

"... a efectos de dicha cláusula, el concepto de «razones objetivas» exige que la normativa nacional justifique la utilización de este tipo particular de relaciones laborales por la existencia de factores concretos, derivados principalmente de la actividad de que se trate y de las condiciones en que ésta se desarrolla." (STJUE de 4 de julio de 2006, Gran Sala, C-212/04 , Adeneler, ECLI: EU:C:2006:443 , apartado 75).

"la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades de un Estado miembro apliquen una normativa nacional, como la controvertida en los procedimientos principales, de manera que la celebración de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público se considere justificada por «razones objetivas» en el sentido de dicha cláusula por el mero hecho de que estos contratos se basen en disposiciones legales que permiten celebrarlos o renovarlos para atender determinadas necesidades temporales, aunque, en realidad, dichas necesidades sean «permanentes y duraderas». En cambio, esta misma cláusula no se aplica a la celebración de un primer o único contrato o relación laboral de duración determinada" (STJUE de 23 de abril de 2009, Sala Tercera, C-378/07 , Angelidaki, ECLI: EU:C:2009:250 , apartado 107).

**Décimo.** *Existencia en el caso de autos de una situación de abuso en la utilización sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada*

No compartimos los argumentos que sobre este particular y en contra de la afirmación que acabamos de hacer expone el escrito de interposición.

a) De entrada, porque la sentencia de instancia contiene en sus fundamentos de derecho una remisión expresa al razonamiento jurídico cuarto del auto de 9 de marzo de 2015, en el que se plantearon las cuestiones prejudiciales, afirmando también que allí obra "la valoración que la Sala efectúa respecto de la sucesión de nombramientos de que ha sido objeto la apelante desde el 2 de febrero de 2010 concluyendo con que ha sido abusiva, contraria a derecho" (ver antecedente de hecho quinto).

Por tanto, no es suficiente, como hace el escrito de interposición, referirse sólo a lo que consta en la propia sentencia, para desde ahí introducir las quejas de inseguridad jurídica y de falta de fundamentación del supuesto carácter abusivo. Aquel razonamiento jurídico cuarto se integra en la sentencia en virtud de aquella remisión, y a él debió referirse la parte recurrente para combatir la conclusión, expresada en la sentencia, de que la sucesión de nombramientos ha sido abusiva, contraria a derecho.

No lo hace, lo que ya por sí basta para rechazar la negación del supuesto carácter abusivo, pues es deber procesal de la parte recurrente en casación -afirmado con reiteración en nuestra jurisprudencia- efectuar una crítica fundada de las razones de decidir de la sentencia que recurre.

b) También, porque aquel razonamiento jurídico cuarto ofrece una argumentación que en sí misma es acorde con la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo marco. Se dice allí:

"[...] a juicio de la Sala no resulta discutible que la Sra. Almudena se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, en la medida en que fue empleada temporalmente y de forma sucesiva por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud a través de un primer nombramiento y trece prórrogas del mismo que comprendieron, en total, un período de prestación de servicios desde el 2 de febrero de 2010 hasta el 1 de octubre de 2012. Se cumple de este modo la condición de "la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada" que se recoge en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

[...] a nuestro juicio concurre en el presente caso un supuesto de utilización abusiva de la contratación temporal. Conforme a lo anteriormente señalado en el punto 1.2, la motivación incorporada al nombramiento y a sus prórrogas no satisface el test destinado a garantizar que la contratación temporal no se utilice de forma abusiva. Por tanto, aunque en la normativa nacional existe una garantía, la misma no se ha cumplido en la utilización sucesiva de la contratación temporal en el caso de la recurrente. Al no hacerse constar expresamente los servicios determinados que dichas prórrogas estaban llamadas a cubrir, ni haberse acreditado tampoco en el

proceso jurisdiccional, no puede la Sala conocer si dicha figura -la prórroga del nombramiento eventual- se ha utilizado realmente para atender a necesidades provisionales o, por el contrario, duraderas y permanentes de la organización sanitaria. Esta relajación de las garantías se concreta en que la recurrente ha podido ser empleada para atender finalidades extrañas a la figura del estatutario eventual [...]"

c) Y, en definitiva, porque la documentación obrante en el expediente administrativo, proveniente de la propia Administración demandada, desautoriza, tanto la invocación que aquel escrito hace de haberse observado lo previsto en el párrafo último del art. 9.3 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 diciembre, a cuyo tenor " Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro "; como la referida al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.5, párrafo segundo, de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, conforme al cual, "Asimismo, las necesidades de efectivos para las que no se prevea definitivamente su existencia estructural o respondan a la realización de tareas de duración determinada podrán dar lugar, siempre que exista dotación económica suficiente, a una relación de empleo estatutaria de carácter eventual y con régimen de dedicación tanto a tiempo parcial como a tiempo completo. Dicha relación de empleo podrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 años."

Nos explicamos:

-El mismo escrito de interposición viene a reconocer que la Administración sanitaria no efectuó el estudio a que se refiere aquel párrafo último del art. 9.3, pues con toda obviedad, o sin necesidad de más explicaciones, no equivale a él lo que el escrito dice: (aquella Administración) "tácitamente consideró que no era necesaria la plaza".

-Amén de ello, y para desautorizar la invocación de aquellos dos preceptos, basta prestar atención a lo realmente sucedido [ver antecedente de hecho primero, letras c), d) y e)], que fue, como resulta del informe emitido por la Gerente Comarca Uribe y de los DOCS. 1, 2 y 3 a que se refiere: (1) Que la Sra. Almudena, desde el 03/01/2004 hasta el 31/03/2007, desempeñó -en virtud de nombramiento o prórroga y sin solución de continuidad, pues todos/as enlazan entre sí, comenzando el día laboral siguiente del/de la anterior- el empleo de "Auxiliar Administrativo-OSS" para la Comarca Uribe por "Necesidades de Servicio" (denominación, ésta, que figura en veintiséis de las treinta y cuatro líneas del DOC. 1 referidas a ese periodo); (2) Que desde el 01/04/2007 (al día siguiente, pues, del 31/03/2007) hasta el 01/10/2012, también sin solución de continuidad, desempeñó el empleo de "Aux. Administración y AT.USU" por "Necesidades de Servicio" (denominación que es de ver en dieciocho de las veintiuna líneas de ese segundo periodo); y (3) Que, más en concreto, el 26/03/2009 suscribe un nombramiento eventual para la prestación de servicios de carácter temporal que se prorroga hasta el 01/02/2010, y otro igual, el día 02/02/2010, que es continuidad del anterior, y que se prorroga hasta el 01/10/2012.

Huelga hablar, por tanto, de que se respetó el plazo máximo de tres años, y menos aún el de dos años, que prevén aquellos dos preceptos.

Recordemos, para terminar este fundamento de derecho, que el art. 93.3 de la LJCA nos autoriza a integrar -como acabamos de hacer- en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones. Justificación suficiente que resulta de lo antes expuesto, e integración que no coloca a la Administración en situación de indefensión alguna, pues los hechos integrados se reflejan en sus propios documentos.

#### **Undécimo. Inexistencia de razones objetivas**

Ninguna duda cabe acerca de que los Servicios de Salud deben contar en todo momento con los medios personales necesarios para hacer efectivo el derecho que reconoce el art. 43.1 de la Constitución. Pero ello no es, en absoluto, excusa para desconocer abusivamente los derechos sociales que pretende preservar y tutelar el repetido Acuerdo marco. Las normas de rango legal que acaban de ser citadas en el fundamento de derecho anterior, obligan, y además atribuyen a una Administración sujeta a los principios de actuación que impone el art. 103.1 CE, potestades e instrumentos aptos para cohonestar la efectividad de aquél y de estos derechos.

Nada más procede añadir en este fundamento, pues ni lo piden los argumentos que ofrece el escrito de interposición, ni tampoco lo realmente acaecido en el caso de autos, en el que, como se deduce de lo relatado en el antecedente de hecho primero, la Administración prescindió, en el muy prolongado espacio de tiempo en que

empleó a la Sra. Almudena , de motivar, de poner de relieve, de hacer explícitas, qué razones objetivas concretas le llevaban a actuar como lo hizo.

#### **Duodécimo.** *Incumplimiento de las medidas legales equivalentes*

Las dos normas antes transcritas, la del último párrafo del art. 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, de carácter básico, y la del párrafo segundo del art. 26.5 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi , merecen, a efectos de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo marco, la calificación de "medidas legales equivalentes", pues ambas, sin duda, tienen por finalidad prevenir los abusos en la utilización sucesiva de nombramientos o prórrogas de personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud.

Sin embargo, y como hemos razonado, la Administración sanitaria demandada incumplió en el caso de autos una y otra, pues:

a) No llevó a cabo en su momento el estudio que ordena la primera, que debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones de que se trate, 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.

b) Tampoco puso fin a la relación de empleo de la actora cuando establece la segunda. En el bien entendido que esa decisión, ordenada por la norma, debe ser coherente, o lo que es igual, no seguida sin solución de continuidad por otros nombramientos sucesivos, temporales y de carácter eventual, de terceras personas, que sólo demostraría una desacertada decisión de lo que prevé el precepto básico.

En definitiva, aquellas "medidas legales equivalentes" se omitieron, resultando ineficaz su previsión legal, lo que lleva consigo, directa e inmediatamente, la aplicación del Acuerdo marco y de la jurisprudencia que lo interpreta. Es así, sencillamente, porque la consecución de lo querido por ese acto normativo de la Unión no queda, en absoluto, a disposición del Estado miembro.

#### **Decimotercero.** *Infracción de los arts. 2.2 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y 2.3 del Estatuto Básico del Empleado Público*

Esos preceptos disponen, respectivamente, que "En lo no previsto en esta Ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente" ; y que "El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el capítulo II del título III ('Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño') , salvo el artículo 20 ('La evaluación del desempeño') , y los artículos 22.3 ('retribuciones complementarias') , 24 ('Retribuciones complementarias') y 84 ('La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas') " .

Aquí, no le falta un punto de razón a la parte recurrente, pues quien es nombrado personal estatutario temporal de carácter eventual y padece una situación de abuso en sus nombramientos o prórrogas sucesivos, queda sujeto y ha de serle de aplicación, en principio, la normativa a que se refieren esos dos preceptos, y no la propia del ordenamiento jurídico laboral, ni tampoco la jurisprudencia que con base en éste ha elaborado con tanto acierto la jurisdicción social.

Es así, ante todo, porque en aquella normativa existen, como hemos razonado, "medidas legales equivalentes", que serán por ello las aplicables; y, además, porque es eso precisamente lo que resulta del inciso final del punto 1 de la respuesta dada por el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 , de la que hemos dado cuenta en el fundamento de derecho octavo. Inciso final del siguiente tenor literal: "[...] a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar."



No se opone a lo que acabamos de razonar la circunstancia de que la consecuencia o el efecto jurídico último que debe derivar de la situación de abuso no difiera de modo esencial, y como luego concretaremos, del primero de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

**Decimocuarto.** *Sobre el art. 135 de la Constitución y las Leyes de Presupuestos Generales del Estado*

Lo razonado en los fundamentos de derecho cuarto, décimo, undécimo y duodécimo, a los que nos remitimos, lleva consigo que la invocación de tal norma constitucional y de tales leyes de presupuestos no haya de impedir las consecuencias y el efecto útil derivado de lo que al Estado español ordena el repetido Acuerdo marco y la jurisprudencia del TJUE.

Amén de ello, se trata de una invocación no seguida en el escrito de interposición de más detalle, como debería haber sido el de la incidencia real de aquella modificación constitucional y de aquellas leyes de presupuestos en la cobertura presupuestaria de las funciones encomendadas y retribuidas a la Sra. Almudena . Y de una que en modo alguno justifica el absoluto olvido por la Administración demandada, una y otra vez durante la prolongada situación de abuso, de lo que le ordenaban las "medidas legales equivalentes" antes analizadas.

**Decimoquinto.** *Las consecuencias jurídicas de la situación de abuso en el caso de autos*

A) Aunque por razones que tienen que ver con lo prolongado de la situación abusiva y con la actitud renuente de la Administración a observar aquellas medidas legales equivalentes, pudiéramos llegar al convencimiento de que el "abuso", en este caso, merecería el calificativo de "manifiesto", con las posibles consecuencias jurídicas ordenadas en el art. 7.2 del Código Civil , esto es, la indemnización correspondiente y la adopción de medidas que impidan la persistencia en el abuso, no es ese el precepto que vamos a aplicar, ya que no ha sido objeto de análisis en el proceso y sobre él no ha podido la parte recurrente alegar lo que a su derecho conviniera.

B) Seguiremos, pues, para determinar aquellas consecuencias, los mandatos de efecto directo y de primacía que derivan del Acuerdo marco y de la jurisprudencia del TJUE. A este fin y para facilitar la comprensión de nuestro razonamiento, recordamos algunas de las afirmaciones de esa jurisprudencia, como son:

-Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco.

-A falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas, que deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, no deben sin embargo ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

-De ello se desprende que, cuando se ha producido una utilización abusiva de 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.

-A este respecto, debe recordarse que la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada.

-De esto se desprende que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público.

-No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado

miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

-Según reiterada jurisprudencia, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales.

-En consecuencia, incumbe a los tribunales del Estado miembro de que se trate garantizar la observancia de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, velando por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas en la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco.

-La obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal.

C) Las consecuencias jurídicas concretas derivadas de la situación de abuso apreciada en el caso de autos deben ser, así y a juicio de este Tribunal Supremo, las siguientes:

1ª. La relación de empleo como personal estatutario temporal de carácter eventual de la Sra. Almudena no finalizó el día 1 de octubre de 2012, sino que subsiste y continúa, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria de Euskadi 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, Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

Ha de ser así, porque tal consecuencia es la única que, amén de ser proporcionada al propio actuar de la Administración, es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco.

En este orden de cosas, 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 disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización.

2ª. El estudio cuya realización impone aquella norma, debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por la Sra. Almudena, 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.

3ª. Junto con esas consecuencias jurídicas, no habría cabido negar, de entrada, que además pudiera proceder el reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Pero este reconocimiento depende de las circunstancias singulares del caso; debe ser hecho en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y sólo habría podido ser hecho si la parte actora, además de deducir tal pretensión: a) hubiera invocado en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y b) hubiera acreditado por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo pudiera quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

En esta línea, 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.

En este orden de cosas, y aunque se refieran a la cláusula 4 del Acuerdo marco, no debe dejar de prestarse atención a los razonamientos del TJUE que obran en las sentencias (dos) de 5 de junio de 2018, dictadas en los asuntos C- 574/16 y C-677/16 .

Recordemos, también, que el régimen procesal del recurso contencioso-administrativo no obliga a que el perjudicado por la situación de abuso haya de acudir a un proceso distinto de aquél en que tal situación se declara para pretender, también, el reconocimiento de un derecho indemnizatorio. Basta la lectura del art. 31.2 de la LJCA para comprender que es así.

En el caso de autos no procede, por tanto, reconocer derecho indemnizatorio alguno, distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, pues la sentencia de instancia: a) niega que en la demanda se concretasen los daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada; y b) reconoce, sin concretarlo, un derecho indemnizatorio de futuro, en el momento del cese, que entendemos improcedente por las razones expuestas.

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

Con las consideraciones efectuadas en los fundamentos anteriores estamos en disposición de dar respuesta a las incógnitas que el auto de admisión del recurso planteó en estos términos:

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 primera 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 segunda 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.

**Decimoséptimo.** *Resolución de las pretensiones deducidas en el proceso*

La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la estimación en parte del recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, pues, como se sostiene en el mismo, la sentencia recurrida ha interpretado de manera errónea el ordenamiento jurídico al decidir que la relación de empleo de la demandante debe ser considerada a todos los efectos como indefinida no fija; y al entender, también, que llegado y justificado su cese, deberá percibir la indemnización -dice- señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales.

**Decimooctavo.** *Pronunciamientos sobre costas*

**1º.** Hemos de mantener el pronunciamiento de la sentencia recurrida referido a que cada litigante soportará las costas procesales causadas a su instancia en la Apelación, pues el mismo no ha sido combatido en el recurso que resolvemos.

**2º.** Y, en lo que hace a las de este recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA no procede declaración expresa de condena en dicho concepto.

## FALLO

Por todo lo expuesto,

### EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.

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.

Segundo.

Haber lugar, en parte, al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 12 de diciembre de 2016, dictada en el recurso de apelación núm. 625/2013 .

Tercero.

Estimar, en parte, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Dña. Almudena contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada que formuló contra la resolución de 16 de septiembre de 2012, del Director Gerente de la Comarca Uribe, del Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, que le comunicó que "al finalizar la jornada del día 1 de octubre de 2012, su nombramiento quedará extinguido, cesando, por tanto, toda vinculación con esta Organización de Servicios". Resoluciones, ambas, que anulamos por ser disconformes a derecho.

Cuarto.



Declarar, como declaramos, que la relación de empleo de la Sra. Almudena 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 .

Quinto.

Desestimar las demás pretensiones deducidas en el proceso. Y

Sexto.

No hacer imposición de las costas procesales, ni de las de esta casación, ni de las causadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.