

**JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NUMERO CUATRO
ALICANTE**

Recurso nº: Abreviado 19/2020

Recurrente:

Procurador:

Letrado:

Recurrido:

Letrado:

SENTENCIA N.º 144/2021

En la Ciudad de Alicante, a 24 de marzo de 2021

Vistos por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo numero CUATRO de Alicante, los presentes autos de Procedimiento Abreviado 19/2020 seguidos a instancia de representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. y asistida de los Letrados D. A y D. frente la Universidad de Alicante asistida y representada por la Letrado Dña. en impugnación de la Resolución del Rector de la Universidad de Alicante de fecha por la que se desestima el recurso de reposición presentado por los recurrentes frente a la Resolución de fecha 1 de la Universidad de Alicante, en los que concurren los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 27 de diciembre de 2019 fue turnado a este Juzgado Recurso Contencioso-Administrativo formulado por la Procuradora de los Tribunales Dña. en la representación que ostenta en las presentes actuaciones, en impugnación de la Resolución del Rector de la Universidad de Alicante de fecha la que se desestima el recurso de reposición presentado por los recurrentes frente a la Resolución de fecha de la Universidad de Alicante. Tras exponer los hechos y fundamentos legales que estimó oportunos en apoyo de su pretensión, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria del recurso, en los términos contenidos en el Suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitido a tramite el recurso, previa reclamación del expediente administrativo, fueron formalizados los respectivos escritos de demanda y de contestación a la demanda. Practicada la prueba propuesta y admitida en los términos que constan en la videograbación, una vez fueron evacuadas por ambas partes las respectivas conclusiones por escrito, quedaron los Autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso, la Resolución del Rector de la Universidad de Alicante de fecha por la que se desestima el recurso de reposición presentado por frente a la Resolución de fecha recurrente considera que la relación funcional que mantiene con la Universidad de Alicante, vulnera las previsiones contenidas en el Acuerdo Marco anexo a la Directiva Comunitaria 1999/70/CEE del Consejo de 28 de junio de 1999, en la medida en que comporta un fraude de ley por abuso de la temporalidad – dada la prestación de servicios en virtud de nombramientos temporales durante más de años-, que merece ser

sancionada. Consideraba que la solución jurídica aplicable a su situación, de acuerdo con la citada Directiva Comunitaria y con la Jurisprudencia sentada al efecto por el TJUE, debía comportar o bien su nombramiento como 1 de carrera de la UA -o como 1 equiparable a los de carrera al servicio de la UA-, o alternativamente el reconocimiento del derecho a permanecer en el puesto de trabajo que viene desempeñando, como titular y del mismo, con las mismas causas, requisitos y procedimientos para el cese en dicho puesto que los legalmente establecidos para los funcionarios de carrera comparables, con idénticos derechos y condiciones de trabajo que estos últimos. Para ambas soluciones, interesaba adicionalmente el abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios por el abuso sufrido, que cifraban en la cantidad de 18.000 euros, más aquellas adicionales que en su caso procediesen. La Administración demandada se ha opuesto al recurso. La cuantía del presente procedimiento es indeterminada.

SEGUNDO.- Centrados así los términos del debate, y a la vista de la especial complejidad jurídica que presenta la cuestión sometida a consideración de la que suscribe, para la correcta resolución de la misma, se va a seguir el siguiente iter argumental: en primer lugar, se analizará el marco jurídico aplicable al caso de Autos así como la competencia para resolver el mismo; en segundo lugar, se analizará la concreta relación funcional que mantiene con la Universidad de Alicante, a fin de determinar si la misma tiene o no carácter abusivo en los términos previstos en la Directiva que se invoca; en tercer lugar, se analizarán las posibles soluciones aplicables al supuesto de hecho planteado, y finalmente, se valorará la procedencia o no de la indemnización que en concepto de daños y perjuicios se solicita.

TERCERO.- Así pues, en primer lugar, y por lo que respecta al **marco normativo**, por la parte actora, se invoca la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, y más en concreto, el Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, que obliga a los estados miembros a establecer medidas para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, la referida Directiva concibe el **derecho a la estabilidad en el empleo** como un componente primordial de la protección de los trabajadores, hasta el punto de que,

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

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

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

"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

a) se considerarán "sucesivos";

b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido."

Cierto es que si bien el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados Miembros adopten medidas **preventivas** de este tipo de abusos, olvida enunciar **sanciones** específicas para el caso en el que se compruebe la existencia de los mismos. No obstante ello, ha sido la reiterada jurisprudencia emanada del TJUE la que ha venido a solventar esta cuestión. Así pues, tal y como indica la Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, (Asuntos C-103/2018 y C-429/2018), -con cita de sentencias anteriores de dicho

Alto Tribunal-, “corresponde en cada caso concreto a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias”, añadiendo esta misma sentencia, que “ cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, **es indispensable** poder aplicar alguna medida que presente **garantías de protección de los trabajadores**, efectivas y equivalentes, **con objeto de sancionar debidamente dicho abuso, y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión**”.

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

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

Así, el referido Auto, dispone que:

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

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

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

26 Considerando lo anteriormente expuesto, procede responder a las cuestiones

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

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

Refrenda esta línea jurisprudencial acuñada por el TJUE, su sentencia de fecha 11 de febrero de 2021 (Asunto c-760/18), en la que nuevamente se reitera , de un lado la competencia de los Tribunales Nacionales para comprobar si en la legislación nacional existen medidas efectivas o disuasorias que garanticen el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE, y de otro lado que, en el supuesto de que tales medidas no existan, es posible la conversión de los contratos de trabajo temporales en indefinidos/fijos pese a que la Constitución prohíba de modo absoluto tal conversión en el sector público (como establecía la Constitución Griega), debiendo dejar inaplicados tales preceptos constitucionales (apartado 75).

QUINTO.- Fijado así tanto el marco normativo y jurisprudencial como la competencia para resolver el mismo, debe ser analizada la concreta relación funcional que mantiene con la Universidad de Alicante, a fin de determinar si la misma tiene o no **carácter abusivo** en los términos previstos en la Directiva que se invoca.

Ha sido la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/2018), la que ha acabado con el argumento tradicionalmente invocado por las autoridades españolas, que negaban la existencia de abusos en nuestro país, sosteniendo que los nombramientos del personal temporal en el Sector Público estaban amparados por la normativa nacional, especialmente por el EBEP.

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

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

Pues bien, partiendo de estas premisas, vamos a analizar la situación concreta en la que se encuentra

-En primer lugar, tal y como se desprende del contenido de las actuaciones, consta acreditado que _____, viene desempeñando sus funciones como funcionario interino de la Universidad de Alicante desde el _____ hasta la actualidad, como primero como _____ y a partir del año _____ como _____ en _____ desempeñando, de manera ininterrumpida las mismas tareas ordinarias y estructurales propia de _____ desde hace _____ concatenando diversos nombramientos temporales. Ingresó mediante una beca de investigación en el año _____, y desde el año _____ ha venido ocupando una plaza temporal tras superar un concurso de méritos (aportando títulos y superando la fase de entrevista). Y así mismo, consta probado que _____ ha venido realizando durante este dilatado periodo de tiempo las **funciones ordinarias y estructurales** propias de los funcionarios de carrera.

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

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

-En segundo lugar, respecto al parámetro “porcentaje elevado de empleados públicos temporales si constituyen un elemento esencial para el funcionamiento del sector”, resulta igualmente acreditado el déficit estructural de funcionarios de carrera en la Universidad de Alicante, o lo que es lo mismo, los altos niveles de temporalidad existentes en el personal de Administración de Servicios (PAS) que alcanza el _____ de la plantilla total, y en concreto, en _____ en el que la actora presta sus servicios la tasa de temporalidad es del _____ (_____ funcionarios de carrera y _____ empleados públicos temporales) tasas de temporalidad muy elevadas, que no se compatibilizan con el carácter provisional, esporádico, puntual, excepcional o coyuntural, que debe caracterizar este tipo de nombramientos.

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

Por lo tanto, y de lo expuesto, cabe concluir que en el caso de

nos encontramos ante un evidente **abuso de la contratación temporal**, que no sólo infringe la normativa interna, sino que además es incompatible con la Directiva 1999/70/CE.

SEXTO.-Acreditada la existencia de dicho abuso, la siguiente cuestión a abordar es la relativa a determinar **cuál es la sanción efectiva, proporcionada y disuasoria** que debe ser impuesta para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión.

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

Por lo tanto, y recibiendo así el testigo, por expresa indicación del TJUE, seguidamente vamos a proceder a analizar las diferentes sanciones que pudieran imponerse por la contratación abusiva constatada, a fin de dar así cumplimiento a los fines perseguidos por la Directiva Comunitaria.

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

Nótese además, que en el concreto caso que nos ocupa, la selección de se realizó respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito, publicidad y libre concurrencia, dado que, de un lado, reúnen los mismos requisitos generales de titulación y resto de condiciones exigidas a los funcionarios de carrera para ocupar las plazas, y de otro lado, que para acceder al puesto superó un proceso selectivo consistente en concurso de meritos, tras aportar los títulos acreditativos de su capacidad y superar la fase de entrevista personal, en el que se garantiza el respeto a los principios de igualdad, merito, capacidad y publicidad. Al efecto, resulta muy esclarecedora la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de junio de 2018 – recurso de Suplicación 1102/2018- confirmada por el Tribunal Supremo, en la que se indica que:

“En definitiva, si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público – y sí la figura del indefinido

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

Obligar a a someterse a un nuevo proceso selectivo o de estabilización para adquirir la condición de funcionario fijo de carrera para ocupar el mismo trabajo que viene desempeñando durante tantos años,- cuando, como hemos dicho, ya superó un proceso de selección-, ni sería una sanción para la Administración, ni tutelaría los derechos e intereses de la hoy actor por las razones anteriormente expuestas.

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

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

A mayor abundamiento, reiterar nuevamente, que recurrente, para acceder a la condición de funcionario temporal, superó un proceso selectivo- de concurso de méritos-, siéndole a este supuesto de plena aplicación la doctrina anteriormente expuesta, contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 28 de junio de 2018.

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

Ninguno de estos requisitos concurre en el supuesto de Autos. En primer lugar, por cuanto que nuestro Ordenamiento Jurídico no prevé ni establece indemnización alguna a

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

Y en segundo lugar por cuanto que, esta indemnización tampoco sería *efectiva y disuasoria*, puesto que como ha indicado la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019: “(...) *no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal*”. En análogos términos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 al indicar que: “*una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasorio como para garantizar esta plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización*”.

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

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

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

Mediante el establecimiento de esta solución, no se trata de crear una nueva forma de acceso a la función pública, puesto que esta tarea compete al legislador, que es quien deberá adecuar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias que vengan impuestas por la normativa supranacional / comunitaria para evitar, en adelante, el abuso de la temporalidad. La función que se atribuye a los Tribunales Nacionales, es la de sancionar a la Administración por las concretas situaciones de abuso en la que puedan encontrarse determinados funcionarios interinos, -como es el caso de hoy recurrente-, ejerciendo la competencia expresamente atribuida al efecto por el TJUE, que es el que ha habilitado a

los jueces nacionales para que, constatada la existencia del abuso, puedan reconocer a tales funcionarios itinerarios la fijeza, pese a que el ordenamiento jurídico interno no lo prevea.

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

Y entiende la que suscribe que no existe vulneración de dicha normativa, sobre la base de los siguientes argumentos:

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

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

-En tercer lugar por cuanto que, si bien es cierto que la Sentencia TJUE de 19 de marzo de 2020 indicaba que *“ la transformación en personal fijo está excluida categóricamente en virtud del Derecho Español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo, no podemos obviar que, de un lado, como ya se ha indicado, han superado un proceso selectivo, y de otro lado, que de acuerdo con lo indicado en la Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17, Apartado 60): “ para que pueda ser considerada conforme con el Acuerdo Marco una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe, el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, el ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar, y en su caso sancionar, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”,* y en el presente supuesto, tal y como hemos acreditado, no existe tal medida sancionadora alternativa que sea lo suficientemente eficaz y disuasoria.

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

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

NOVENO.- Conforme al artículo 139 de la LJCA, y hallándonos ante una estimación parcial del recurso presentado, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación,

FALLO

Que debo ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por frente a la Resolución del Rector de la Universidad de Alicante de fecha , por la que se desestima el recurso de reposición presentado por los recurrentes frente a la Resolución de fecha de la Universidad de Alicante, declarando la nulidad de las mismas por no ser ajustadas a Derecho, reconociendo, como situación jurídica individualizada el derecho de a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera. Y todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de QUINCE días en este Juzgado, para su conocimiento por la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Hágase saber a las partes, que en caso de interponer recurso contra la presente resolución, deberá constituir depósito en la forma establecida en la L.O 1/2009 de 3 de noviembre, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, con nº 4611.

Así por esta mi sentencia de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos de que dimana, la pronuncio, mando y firmo.

E/.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha, doy fé.