



Roj: **SJCA 1743/2016** - ECLI: **ES:JCA:2016:1743**

Id Cendoj: **15030450022016100001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **30/12/2016**

Nº de Recurso: **139/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA LLOVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2

A CORUÑA

Modelo: S40120

C/ ENRIQUE MARIÑAS S/N EDIF. PROA 5ª PLANTA TFNO: 981 182 208/09

N.I.G: 15030 45 3 2016 0000527

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000139 /2016-L

Sobre PERSONAL ADMON. AUTONOMICA

De: Florencia

Abogado: SANTIAGO TAIBO PIÑEIRO

Contra: CONSELLERIA DA PRESIDENCIA, ADMINISTRACION PUBLICA E XUSRACION PUBLICA E XUSTIZA

Abogado: LETRADO COMUNIDAD

D. CESAR ORGEIRA MACEIRAS, Letrado de la Administración de Justicia de XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2, de los de A CORUÑA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO 139 /2016-L ha recaído SENTENCIA, del tenor literal:

"Don Enrique García Llovet, Magistrado-Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 2 de A Coruña, ha pronunciado en el día de hoy

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En A CORUÑA, a treinta de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos, por el Ilmo. Sr. D. Enrique García Llovet, Magistrado-Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de A CORUÑA, los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° 139/16-L**, sobre PERSONAL seguidos en este Juzgado, instados por Doña Florencia, representada y asistida por el Abogado Don Santiago Taibo Piñeiro, siendo demandada la DIRECCIÓN XERAL DE XUSTIZA, CONSELLERIA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIONES PÚBLICAS E XUSTIZA, representada y asistida por el Letrado de la Xunta de Galicia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó escrito de demanda interponiendo recurso Contencioso-Administrativo contra resolución del Director Xeral de Xustiza de 8 de febrero de 2016 por la que se desestima



recurso de reposición interpuesto frente a anterior resolución de 11 de diciembre de 2015 que acordó el cese por fin de refuerzo en la Fiscalía. Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y señalar la cuantía del recurso en indeterminada, interesaba se dictase sentencia por la que con estimación de la misma se revoquen las resoluciones combatidas por ser contrarias a Derecho, se declare que la relación laboral que une a la actora con la demandada es de carácter indefinido con los efectos inherentes a tal declaración y se condene en costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 27-05-16 se admitió a trámite la demanda por las normas del art. 78 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso- Administrativa, registrándose como personal y, previo examen de su jurisdicción y competencia, se dio traslado al demandado, citándose a las partes para la celebración de la vista prevista en el citado artículo, reclamándose al propio tiempo el correspondiente expediente administrativo, que se les exhibió y puso de manifiesto, con antelación suficiente a dicho acto, que ha tenido lugar, con su asistencia, los días 14 de septiembre y 9 de noviembre de 2016. La actora, en el acto del juicio, desistió de la pretensión de que se declare que la relación laboral que une a la actora con la demandada es de carácter indefinido con los efectos inherentes a tal declaración. Por el Sr. Letrado de la Administración demandada, en el acto de la vista, se dio contestación a la demanda, a la que se opuso, exponiendo cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, interesando su desestimación, desarrollándose el acto por sus cauces y con el resultado que figura en el acta extendida al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso resolución del Director Xeral de Xustiza de 8 de febrero de 2016 por la que se desestima recurso de reposición interpuesto frente a anterior resolución de 11 de diciembre de 2015 que acordó el cese por fin de refuerzo en la Fiscalía; constituyendo el suplico de la demanda el que por este órgano jurisdiccional se dicte sentencia por la que con estimación de la misma se revoquen las resoluciones combatidas por ser contrarias a Derecho con expresa condena en costas a la Administración demandada, desistiendo la actora en el acto del juicio de la pretensión igualmente accionada en el suplico de la demanda de que se declare que la relación laboral que une a la actora con la demandada es de carácter indefinido con los efectos inherentes a tal declaración.

SEGUNDO.- Los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda se contraen a los siguientes extremos:

La demandante refiere que tomó posesión como interina para la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza el 7 de marzo de 1991 realizando labores como interina para la Gerencia de Justicia con contrataciones temporales hasta el cese que se produjo mediante resolución que ahora se combate.

La demandante excluidas ya las alegaciones que pudieren intentar fundar la pretensión de declaración por este juzgado de un vínculo laboral como indefinido pues de dicha pretensión se ha desistido en el acto del juicio invoca en fundamento de su pretensión doctrina del Tribunal Supremo Sala Cuarta y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Sala de lo social así como doctrina del TJUE de las que en razón de la acotación del suplico de la demanda en el acto del juicio ya referida interesan tan sólo ahora aquellas que atienden a la contratación en fraude de ley y sus efectos.

TERCERO.- Para la resolución del presente litigio hemos de recordar en primer lugar las profundas transformaciones que en nuestro ordenamiento del empleo público y más concretamente en el estatuto del personal temporal de las Administraciones Públicas, señaladamente el funcionario interino pero también otras categorías de empleados públicos, ha provocado el impacto del ordenamiento comunitario ese subordenamiento que ha venido en llamarse Derecho Social Comunitario y ello tanto desde el plano normativo como sobre todo desde su desarrollo jurisprudencial.

Para una comprensión mínima de ese proceso hemos de atender a dos dinámicas convergentes así en primer lugar lado la sanción en el ordenamiento comunitario del principio de igualdad y no discriminación entre el empleo temporal y el empleo indefinido, dinámica que se inicia con la Directiva 91/383, de alcance bien limitado pues acota ese principio a la igual protección de trabajadores temporales e indefinidos en el ámbito de salud y seguridad laboral, dinámica que culmina en la Directiva 1999/70, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada debiendo recordar ahora la plasmación de ese principio en la cláusula cuarta de dicho Acuerdo " *Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. 2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis 3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales. 4. Los criterios*



de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas. "

Pero aparece una segunda dinámica que atiende a la proyección de dicho principio ahora en las relaciones de empleo público, Sentencia Del Cerro, STJUE (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2007 As. C-307/05, pero con antecedentes en Sentencias TJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartados 54 y 57, así como de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C-53/04, Rec. p. I-7213, apartados 40 a 43, y Vassallo, C-180/04, Rec. p. I-7251, apartados 32 a 35, conforme la cual el Tribunal de Justicia ha señalado ya que se deduce, tanto del tenor literal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco como del sistema y la finalidad de éstos, que las disposiciones contenidas en ellos se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público, y ya en el As. Adeneler y otros, Sentencia de 4 de julio de 2006 se decía por el Tribunal de Justicia de la UE " *Para responder adecuadamente a las cuestiones planteadas, es necesario comenzar por precisar que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican igualmente a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público. 55 En efecto, las disposiciones de estas dos normas no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado. 56 Por el contrario, por una parte, como muestra el tenor literal de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, el ámbito de aplicación de éste se ha definido con amplitud, pues en él se incluyen «los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro». Además, 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 en lo que ahora interesa sin que la calificación como relación de empleo en régimen laboral o como funcionario interino pueda por sí misma determinar una diferencia de trato así, con antecedentes en las Sentencias ya referidas, Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010 asuntos acumulados C 444/09 y C 456/09 Luz (asunto C 444/09), Evangelina (asunto C 456/09)" Mediante su primer cuestión en el asunto C 456/09, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si un miembro del personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia, como la demandante en el litigio principal, está incluido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco. 37 Todos los interesados que han formulado observaciones al Tribunal de Justicia consideran que esta cuestión debe responderse en sentido afirmativo. 38 A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado ya que tanto del tenor literal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco como del sistema y la finalidad de éstos se deduce, que las disposiciones contenidas en ellos se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C 212/04, Rec. p. I 6057, apartados 54 y 57; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino, C 53/04, Rec. p. I 7213, apartados 40 a 43, y Vassallo, C 180/04, Rec. p. I 7251, apartados 32 a 35, y Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 25). 39 En efecto, como se desprende de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, su ámbito de aplicación personal está concebido de manera extensiva, al referirse con carácter general a los «trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro» (véanse las sentencias Adeneler y otros, antes citada, apartado 56; de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C 378/07 a C 380/07, Rec. p. I 3071, apartado 114, y de 24 de junio de 2010, Sorge, C 98/09, Rec. p. I 0000, apartado 30). 40 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 (sentencia Adeneler y otros, antes citada, apartado 56). 41 Además, habida cuenta de la importancia de los principios de igualdad de trato y de no discriminación, que forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión, a las disposiciones previstas por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco a efectos de garantizar que los trabajadores con un contrato de duración determinada disfruten de las mismas ventajas que los trabajadores por tiempo indefinido comparables, salvo que esté justificado un trato diferenciado por razones objetivas, debe reconocérseles un alcance general, dado que constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, al ser disposiciones protectoras mínimas (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 27). 42 En consecuencia, la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador (sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 28). 43 La mera circunstancia de que un empleo sea calificado como «de plantilla» con arreglo al Derecho nacional y presente alguno de los elementos que caracterizan a la función pública del Estado miembro de que se trate carece de relevancia a este respecto, so pena de desvirtuar gravemente la eficacia de*



la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco así como la aplicación uniforme de éstos en los Estados miembros, reservando a estos últimos la posibilidad de excluir a su arbitrio a determinadas categorías de personas del beneficio de la protección requerida por estos instrumentos del Derecho de la Unión (véase la sentencia Del Cerro Alonso, antes citada, apartado 29). 44 Toda vez que es pacífico que la Sra. Evangelina trabajó durante más de 9 años en diversos centros educativos de la Comunidad Autónoma de Galicia como funcionaria interina y que, por otro lado, el litigio principal versa sobre la situación de los funcionarios de carrera comparada con la de los funcionarios interinos, está incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco ."

Puede afirmarse ya vista la doctrina del TJUE expuesta que el ordenamiento comunitario impone una doble identidad que tiene especial trascendencia en el escenario que nos ocupa así prohíbe discriminación alguna entre trabajadores con un contrato de trabajo indefinido y trabajadores con un contrato de trabajo temporal a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas, razones objetivas que no pueden ser la temporalidad, prohibición de discriminación que alcanza a todas las condiciones de trabajo y por ende no sólo a la retribución o salario del trabajador pero también a esta.

Podemos así concluir en este primer estadio que el empleado público laboral y funcional de naturaleza temporal no puede ser discriminado en sus condiciones de trabajo, incluidas sus retribuciones, respecto del empleado público en el que la temporalidad no sea una nota presente en dicho vínculo, excepto cuando se opere una diferenciación que tenga un fundamento razonable, fundamento que insistimos no puede ser la temporalidad del vínculo o por el contrario la ausencia de dicha temporalidad.

Pero la descripción de estas dinámicas no estaría completa sino tomáramos en consideración como principios de cierre del sistema en el escenario que nos ocupa en primer lugar el principio de primacía del Derecho de la Unión, principio que como es conocido se articula en varios planos así desde un aproximación ligada a la acción dicho principio se ordena desde el efecto directo de las normas comunitarias esto es el derecho que le asiste al particular a invocar dichas normas ante los Tribunales nacionales, así STJCE del 5 de febrero de 1963 (as. Van Gend & Loos), residenciando dicho derecho en la naturaleza fundacional del Tratado del que se deriva un nuevo ordenamiento y que en expresión hoy capital de ese nuevo orden constitucional dice " *la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.*" afirmación del principio de primacía y la supraordenación del Derecho de la Comunidad respecto de los ordenamientos nacionales que se confirma en STJCE de 15 de julio de 1964 (as. Costa-ENEL)

Y en segundo lugar esa supraordenación se proyecta inmediatamente sobre los órganos jurisdiccionales nacionales que estarán obligados a interpretar el ordenamiento nacional conforme los principios propios del Derecho de la Unión y a aplicar este cuando apareciere contradicción con la norma nacional así en STJCE de 9 de marzo de 1978 (As. Simmenthal) se declara " *14 Considerando que la aplicabilidad directa, contemplada desde esta perspectiva, significa que las normas de Derecho comunitario deben surtir plenamente efecto, de una manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de la fecha de su entrada en vigor y durante todo el período de su validez; 15 que, por tanto, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquéllos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que sean parte en relaciones jurídicas sometidas al Derecho comunitario; 16 que este efecto también afecta a los Jueces, que, cuando conocen de un asunto en el marco de su competencia, tienen por misión, en su calidad de órganos de un Estado miembro, la protección de los derechos concedidos a los particulares, por el Derecho comunitario; 17 que, a mayor abundamiento, en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria los mismos, sino también -en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros-, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias; 18 que, en efecto, el hecho de reconocer eficacia jurídica a los actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o que de otro modo sean incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario, equivaldría de hecho a negar, por ello, el carácter efectivo de los compromisos incondicional e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en peligro los propios fundamentos de la Comunidad"* principio de primacía del ordenamiento



comunitario que acoge expresamente nuestra doctrina constitucional, sin olvidar la extensa polémica que ha suscitado en otros ordenamientos, así STC 232/2015, de especial trascendencia en razón del objeto tanto formal como sustantivo del recurso de amparo y sobre la que luego volveremos, debe recordar especialmente STC 215/2014 donde por extenso se razona la fundamentación constitucional de dicha primacía y sus efectos y allí se dice " *Así las cosas, una vez prestado el consentimiento por el Estado español, previa autorización de las Cortes en tal sentido, las normas emanadas de aquella institución internacional no sólo obligan a España con su sola publicación en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas", sino que, además, "la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado", aceptables siempre que "el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional", esto es, siempre que sea respetuoso con "la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución" (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4). De esta manera, aquella operación de cesión comporta "una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles" (DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4). Aunque sin olvidar que "la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos" (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4). Así, desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas "se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualesquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción" (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 7; y en sentido parecido, STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3). De acuerdo con lo anterior, la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional se rige por el principio de primacía [SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6 ; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4 ; 120/1998, de 15 de junio, FJ 4 ; 58/2004, de 19 de abril, FJ 10 ; 145/2012, de 2 de julio, FJ 5 ; y 239/2012, de 13 de diciembre, FJ 5], conforme al cual, las normas de la Unión Europea "tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente" (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; y STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5), pues no sólo "forman parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento", sino que tienen un "efecto vinculante", de manera que opera "como técnica o principio normativo" destinado a asegurar su efectividad [SSTC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5; y en sentido parecido SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6 ; y 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]." y vinculación de los jueces nacionales que ha encontrado expresa sanción en la LO 7/2015 de 21 de julio ha modificado la LOPJ añadiendo el art. 4 bis, según el cual "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" vinculación que alcanza ya no sólo al Derecho de la Unión sino a la interpretación que del mismo y muy señaladamente con los ordenamientos nacionales emana del TJUE mas aún ha de entenderse en ese mandato necesariamente incluido la obligada aplicación por los jueces nacionales del sistema de principios que toman forma en la doctrina del TJUE y cristalizan en los sucesivos Tratados debiendo recordar una vez más la naturaleza esencialmente pretoriana de buena parte de ese sistema de principios, vinculación por último de los órganos jurisdiccionales nacionales que tiene en lo que ahora interesa tres proyección en primer lugar los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar la aplicación de la doctrina del TJUE y en concreto de sus sentencias así Sentencia de 14 de diciembre de 1982, (as. Waterkeyn) " los órganos jurisdiccionales están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del TFUE) a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno" en el mismo sentido Sentencias de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, en una segunda proyección los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de inaplicar la norma nacional posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión, STJCE 9 de marzo de 1978 asunto Simmenthal, 106/77; STJUE 22-6-10, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10; y de 5-10-10 asunto Elchinov, C-173/09) y en tercer lugar esa obligación de inaplicación es independiente 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 (STJCE 17-12-70 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, 11/70; y de 16-12-08 asunto Michaniki C-213/07).*

Por último, resta la cuestión de cómo deberá proceder el órgano jurisdiccional nacional cuando aparezca una contradicción entre la norma comunitaria y la norma nacional decimos como deberá proceder para



alcanzar esa plena garantía del Derecho de la Unión y del derecho a la tutela judicial de los ciudadanos de la Unión, debiendo de notar que incluso esa segunda dimensión tiene en lo que aquí interesa una dimensión constitucional en el ordenamiento español así STC 232/2015.

Por ello hemos de concluir que al aplicar el ordenamiento nacional el órgano jurisdiccional nacional está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, en dicha interpretación y en el proceso aplicativo, alcanzar el resultado que persigue la Directiva pues así lo impone el artículo 249 TCE y si dicha interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el ordenamiento comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca a un resultado contrario al Derecho comunitario, en razón de la primacía del mismo según doctrina bien conocida, Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964 Costa/ENEL, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Van Gend and Loos, decimos el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el ordenamiento comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario, así sería la limitación temporal impuesta por el artículo 25 del EBEP, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, Sentencia Tribunal de Justicia de 21 de mayo de 1987, Albako, y en segundo lugar el concreto mandato a las autoridades judiciales de alcanzar el efecto útil de dicho ordenamiento en de los ordenamientos nacionales superando los obstáculos que dichos ordenamientos nacionales pudieren presentar Sentencias Impact y Gaviero Gaviero.

Pues bien, sentado lo anterior debemos de notar que los sucesivos nombramientos y la duración de los mismos como funcionario interino de la actora conculcan los derechos antes referidos pues la cláusula 5 del Acuerdo Marco ya referido y que en orden a evitar abusos en la contratación temporal como cierre del sistema de garantías de la igualdad en la contratación, decimos dicha cláusula en lo que ahora interesa dispone " 1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales." y en relación con dicha cláusula y su aplicación a la contratación temporal o vínculos temporales en las Administraciones Públicas el TJUE ha declarado ya que se opone a la misma una práctica contrataciones o vínculos temporales que no venga amparada en razones objetivas debidamente acreditadas y aun son contradictorias aquellas que respondan a una actuación estructural en ese sentido acudiendo de forma reiterada permanente a la sucesión o prolongación por un largo periodo de tiempo de a estos vínculos así en STJUE de 14 de septiembre de 2016 Estela y Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid), se razona por extenso " *la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la 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, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2012, Küçük, C 586/10, EU:C:2012:39, apartados 36 y 37, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C 22/13, C 61/13, C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401, apartado 100).*49 *La observancia de la cláusula 5, punto 1, letra a), del Acuerdo marco requiere que se compruebe concretamente que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales y que una disposición como la controvertida en el litigio principal no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal* (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2012, Küçük, C 586/10, EU:C:2012:39, apartado 39 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C 22/13, C 61/13, C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401, apartado 101).50 A este respecto, se deduce de la situación de la demandante en el litigio principal, tal como se describe en el auto de remisión, que los sucesivos nombramientos de la Sra. Estela para garantizar los servicios hospitalarios no parecen responder a meras necesidades temporales del empleador.51 Corroboración esta afirmación la apreciación del juzgado remitente, que califica de «mal endémico» la cobertura de puestos en el sector de los servicios de salud mediante nombramientos de personal estatutario temporal y que considera que alrededor del 25 % de las 50 000 plazas de plantilla de personal facultativo y sanitario de la Comunidad de Madrid están ocupadas por personal con nombramientos de carácter temporal, llegando en algunos casos extremos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios, con una duración



media de entre 5 y 6 años.⁵² En estas circunstancias, es preciso considerar que la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, se aplique por las autoridades del Estado miembro de que se trate de tal 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.⁵³ Por otro lado, en lo que atañe al margen de apreciación de que dispone la Administración cuando se trata de crear puestos estructurales, cabe recordar que la existencia de tal modalidad, que permite la creación de un puesto fijo, al igual que la consistente en convertir un contrato de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido, puede ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C 378/07 a C 380/07, EU:C:2009:250, apartado 170).⁵⁴ Ahora bien, aunque puede admitirse que, en principio, una normativa nacional que permite la renovación de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada para sustituir personal a la espera de que se creen puestos estructurales puede estar justificada por una razón objetiva, la aplicación concreta de esa razón, considerando las particularidades de la actividad de que se trate y las condiciones de su ejercicio, debe ajustarse a las exigencias del Acuerdo marco (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de enero de 2012, Küçük, C 586/10, EU:C:2012:39, apartado 34 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C 22/13, C 61/13, C 63/13 y C 418/13, EU:C:2014:2401, apartado 99).⁵⁵ En el caso de autos, es necesario observar que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente. Por el contrario, se desprende de las afirmaciones del juzgado remitente que los puestos estructurales creados serán provistos mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente. Pues bien, esta normativa puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables, mientras que se desprende de las observaciones realizadas en el apartado 52 de la presente sentencia que en el Estado miembro de que se trata existe un déficit estructural de puestos de personal fijo.⁵⁶ Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que la cláusula 5, apartado 1, letra a), 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 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. "

Pues bien, es llano que la Administración no razona ni menos aún acredita causas objetivas que amparen esas sucesivas renovaciones y la larga duración del vínculo existente entre la demandante y la demandada sin la derivada fijeza del mismo bajo uno u otro régimen, ello se desprende inmediatamente de la larga duración del vínculo en el caso de la recurrente 25 años así como de idéntica situación de otras recurrentes en distintos litigios de los que está conociendo este Juzgado y con la misma representación y defensa de lo que se deduce inmediatamente que estamos ante una práctica continuada por la Administración empleadora de acudir a dicho régimen de nombramientos temporales en fraude de lo dispuesto en la tantas veces citadas Cláusula 5 del Acuerdo marco, lo que conforme la aplicación que por el orden social se realiza de nuestro ordenamiento laboral pero también y sobre todo y en lo que ahora interesa de la precitada Directiva y Acuerdo Marco cláusula 5 conllevaría la declaración del cese como contrario a derecho por encontrarnos con vínculos temporales en fraude de ley, aquí la Directiva y Acuerdo Marco precitados que se supraordenan a las disposiciones nacionales, este juzgador no ignora varias circunstancias que parecerían excluir una declaración en el mismo sentido en este orden contencioso así si bien es cierto que la contratación en fraude de ley que es el presupuesto de ambos escenarios es común y la derivada ilicitud del cese de la relación toma igualmente razón de dicha ilicitud de la contratación o mejor dicho de la sucesión de vínculos, sucede primero que el orden social conoce de una gradación de los efectos de dicha ilicitud del despido que desconoce el orden contencioso, las razones son evidentes y atienden a la diferencia no del vínculo existente sino del orden



dogmático en el que se mueven los institutos revocatorios pues allí se declara la ilicitud de una actuación de un particular y aquí la ilicitud un acto administrativo, pero esa gradación que distingue en el orden social entre la nulidad del despido y la improcedencia del mismo con efectos como es bien conocido bien distintos para el empleador y para el trabajador no se alcanza en este orden contencioso en el que combatido un acuerdo de cese la revocación del mismo provoca en todos los casos la "readmisión del empleado público" sin posibilidad de opción por el empleador entre dicha readmisión y la indemnización como sucede cuando se produce un despido improcedente en el orden social, insistimos que ello es consecuencia inmediata de los dos planos distintos en los que despliega sus efectos el actuar ilícito y no sólo o no tanto en las diferencias entre los dos ordenamientos esto es la contratación en fraude de ley tñe de ilicitud el acto del cese como acto formal mientras que la contratación en fraude de ley por sucesión de contratos temporales en el ámbito laboral lo que genera es una declaración de ilicitud del despido como extinción de la relación laboral, si bien se modula el alcance de los efectos de dicha ilicitud del despido como ya hemos dicho al calificarlo como improcedente y no nulo, nulidad que el ordenamiento laboral sólo reserva para determinados ilícitos, esta consecuencia a la que se anuda la ilicitud del acto administrativo pudiera sostenerse que carece de fundamento porque el ordenamiento nacional no la impone pero sucede y ese es el segundo momento del razonamiento en el que hemos de detenernos decimos sucede que el ordenamiento y la doctrina comunitaria imponen la previsión de un medio efectivo de disuasión de la contratación temporal fraudulenta en efecto y como recuerda en un escenario bien semejante al que nos ocupa reciente Seneetcnia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 asuntos acumulados C 184/15 y C 197/15 que tenían por objeto dos peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, mediante autos de 9 de marzo de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 23 de abril de 2015 (asunto C 184/15) y el 29 de abril de 2015 (asunto C 197/15), en los procedimientos entre Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud (asunto C 184/15) y entre Juan Carlos **Castrejana** López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (asunto C 197/15), "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, 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, 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." y añade atendiendo ahora a la obligación de los jueces nacionales de atenderá la garantía de la efectividad de dicha cláusula cuando se opera en presencia de un empleador público " 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, 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, 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."

Por todo lo anterior y en tanto que la única pretensión ejercitada desistidas las restantes en el acto del juicio es la revocación del acuerdo del cese de la actora como funcionaria interina, que dicho cese es contrario a las disposiciones de la Directiva y Acuerdo marco ya citado al encontrarnos ante unos nombramientos en fraude de ley conforme las disposiciones comunitarias ya referidas, sin que la Administración razone circunstancias objetivas que puedan excepcionar dicha ilicitud, considerando que la garantía de dicha cláusula impone igualmente una sanción efectiva y que a juicio del demandante lo es la nulidad del cese, y considerando que no puede imponerse a la demandante conforme la doctrina ya expuesta la carga de una nueva acción para alcanzar la efectividad de los derechos allí contemplados, procede declarar la nulidad de la resolución recurrida.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA en su redacción por Ley 37/2011 procedería la expresa condena en costas a la demandada pero es llano que visto el escenario doctrinal y jurisprudencial en el que se desarrolla el debate no aparece título para tal condena.

QUINTO.- Vista la cuantía del procedimiento cabe apelación frente a la presente resolución.

FALLO

ESTIMANDO recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. Santiago Taibo Piñeiro en representación de Doña Florencia frente a resolución del Director Xeral de Xustiza de 8 de febrero de 2016 por la que se desestima recurso de reposición interpuesto frente a anterior resolución de 11 de diciembre de 2015 que acordó el cese por fin de refuerzo en la Fiscalía, revocando dicha resolución por ser contraria derecho, sin costas.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes, con la advertencia de que no es firme, pudiendo interponerse **recurso de apelación** en este Juzgado en el **plazo de quince días** para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

De conformidad con lo dispuesto en la D. A Decimoquinta de la LOPJ en sus apartados 4 y siguientes, para la interposición de dicho recurso será precisa la consignación como depósito de **50 euros**, cantidad que será ingresada en la Cuenta de Consignaciones Judiciales de este Juzgado número 1600-0000-94-0139-16 (concepto 22), abierta en la entidad BANCO SANTANDER. Si se realizara el ingreso por medio de transferencia, deberá hacerse en la cuenta de BANCO SANTANDER IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 e indicar en el apartado de beneficiario Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de A Coruña y, en el apartado de observaciones, el número de expediente 1600000094013916.

Una vez firme, remítase testimonio de la misma a la administración demandada, con devolución del expediente administrativo, interesando acuse de recibo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará por testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgando lo pronuncio, mando y firmo Enrique García Llovet Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de los de A Coruña.

PUBLICACIÓN.- La presente sentencia fue publicada y leída por el Magistrado-Juez que la suscribe en el día de la fecha. Doy fe."



Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio en A CORUÑA, a treinta de diciembre de dos mil dieciséis.

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ