



Roj: **STSJ CAT 1862/2014 - ECLI: ES:TSJCAT:2014:1862**

Id Cendoj: **08019330042014100079**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **19/02/2014**

Nº de Recurso: **170/2013**

Nº de Resolución: **145/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ABELLEIRA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN CUARTA**

#### **Rollo de apelación nº 170/2013**

Parte apelante: Milagrosa

Representante de la parte apelante: MONTSERRAT PALLAS GARCIA

Parte apelada: INSTITUT CATALA DE LA SALUT

Representante de la parte apelada: JORDI FONTQUERNI BAS

#### **SENTENCIA Nº 145/2014**

Ilmos. Sres.:

**PRESIDENTE**

**D. EDUARDO BARRACHINA JUAN**

**MAGISTRADOS**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> LUISA PÉREZ BORRAT**

**D<sup>a</sup> MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ**

En la ciudad de Barcelona, a diecinueve de febrero de dos mil catorce

**VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN CUARTA)**, constituida para la resolución de este recurso, arriba reseñado, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente Sentencia.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Doña MARÍA ABELLEIRA RODRÍGUEZ, quien expresa el parecer de la SALA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 23/04/2013 el Juzgado Contencioso Administrativo 2 de Tarragona, en el Procedimiento abreviado seguido con el número 161/2012, dictó Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto contra Resolución de 2/02/2012 que desestima el Recurso de Alzada contra Resolución del Director de Recursos Humanos del Hospital Joan XXIII de Tarragona, que acordaba el cese del nombramiento interino de la recurrente por reincorporación al servicio activo del Dr. Gines . Con expresa imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta Sección.



**TERCERO.-** Desarrollada la apelación, finalmente se señaló día y hora para votación y fallo, que tuvo lugar el 10 de febrero de 2014.

**CUARTO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación en autos de D. Milagrosa se interpone recurso de apelación contra la sentencia de 23 de Abril de 2013, dictada por el Juzgado contencioso-administrativo num. 2 de Tarragona en los autos de procedimiento abreviado num. 161/2012 sobre cese de funcionaria interina en el Institut Català de la Salut (ICS).

La parte recurrente expone contra la sentencia de instancia:

a. Que incurre en una errónea valoración de la prueba. Contratos eventuales celebrados en fraude de ley. Al no consignarse en dichos contratos con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifica, la relación laboral ha de entenderse de carácter indefinida. La actora ha prestado servicios como un oftalmólogo más del departamento, realizando las mismas tareas y funciones que sus compañeros con plaza fija. El trabajo que prestaba la actora se sigue prestando en la actualidad por el departamento de oftalmología, pero no ha sido llamada nuevamente para iniciar una relación laboral. La sentencia no tiene en cuenta que la plaza estuvo ocupada por un funcionario de carrera sólo 3 semanas debido a su jubilación. La apelante encadenó contratos eventuales sin interrupción para realizar los mismos trabajos. Su relación debería haber sido de interinidad desde el inicio, ya que ocupaba una plaza de oftalmóloga vacante.

b. Que se produce la vulneración de los artículos 10 y 70 del EBEP, en el sentido de incluir en las Ofertas de Empleo Público las plazas ocupadas por interinos. Considera que la actuación del Hospital Universitari XXIII al no ocupar la plaza que dejó vacante la Dra. Milagrosa y, posteriormente, el Dr. Gines, no es ajustada a derecho. Pese a su trayectoria y experiencia en el Centro la apelante no ha sido vuelta a contratar tras su cese como así lo han sido otros oftalmólogos con contratos de duración determinada que realizan las mismas funciones y tareas. Además la apelante sufría un síndrome ansioso-depresivo debido a su entorno laboral y se aportaron informes al expediente administrativo. Estaba disfrutando de una reducción de jornada laboral para el cuidado de su hija menor cuando fue cesada, hecho que se produjo además seis meses después de que se reincorporara a su puesto de trabajo tras la baja laboral. Si bien es cierto que la apelante no interpuso ninguna reclamación en concepto de acoso laboral, también lo es que hay numerosos indicios de discriminación porque otra Dra con menor experiencia y antigüedad no fue cesada y habiendo otras vacantes no ha sido nuevamente contratada. Pone de manifiesto que la Administración cubre una necesidad permanente (servicio de oftalmología del Hospital) con contratos temporales, ya sea eventuales por vacantes o bien por interinidad, sin incluirlas en ofertas de empleo público. La Sala C-A del TS ha apostado por la estabilidad de los contratos interinos al anular una OPE de la Administración Autonómica que no incluía las plazas ocupadas por interinos. Tras la jubilación del Dr. Gines (3 meses después del cese de la Dra apelante) el ICS dejó la plaza vacante realizando contratos eventuales con otros oftalmólogos y más de un año después, concretamente en febrero de 2013, transforma la plaza de oftalmología en una de cirugía vascular sin que conste su inclusión en la OPE.

Suplica que se revoque la sentencia de instancia, reconociendo la contratación fraudulenta de la apelante, reconociéndola como trabajadora indefinida y condenando al ICS a abonar a la Dra. Milagrosa los haberes retributivos nominales desde el momento del cese hasta su reincorporación o bien, si ésta no es posible debido a la transformación de la plaza de oftalmología en otra de cirugía vascular abonándole además la indemnización correspondiente.

**SEGUNDO.-** El ICS realiza escrito de oposición al recurso de apelación de contrario procediendo, en primer lugar, a resumir los hechos y motivos originales y destaca la exposición desordenada de la apelante que dificulta la lectura por la falta de un necesario hilo conductor que aclare las pretensiones de la recurrente.

A continuación expone los fundamentos de la oposición.

En primer lugar, destaca que la apelante expuso en su escrito de demanda hechos nuevos respecto al recurso de alzada, que pretenden demostrar que su cese fue ilegal. Se basa en nombramientos anteriores que nada tienen que ver con el último que se ha extinguido. Todos estos hechos nuevos no guardan relación con el objeto del recurso por lo que la demandada alegó en el acto de la vista que se producía una desviación procesal y ello comportaba inadmisibilidad del recurso, que fue desestimada por la Juzgadora en el propio acto de la vista. Si bien no fueron tenidos en cuenta en la sentencia para así no crear indefensión a la demandada. A continuación en el acto de la vista se expuso la inadmisibilidad de hechos firmes y consentidos por no haber sido recurridos en el momento procesal oportuno porque la apelante aceptó diversos nombramientos sin impugnarlos. En



cuanto al fondo del asunto se consideró que el cese fue conforme a Derecho, concurre una causa legal de extinción expresamente indicada en el nombramiento, se le informó con la antelación suficiente y se le otorgó un plazo de alegaciones que no utilizó.

Seguidamente se expone que el recurso es una mera reproducción de los mismos argumentos utilizados en la primera, sin concretar las vulneraciones en que incurren los razonamientos de la sentencia. Recuerda la Jurisprudencia del TS en cuanto que el recurso de apelación no es una segunda instancia sino que es un instrumento de depuración de los precedentes resultados procesales. Por ello, el ICS se opone a la consideración de los nombramientos anteriores que considera fraudulentos, y que no se refieren al nombramiento interino objeto del recurso, puesto que la sentencia de instancia acordó no tenerlos en cuenta y que no iban a ser considerados en el recurso contencioso. Tampoco se debería admitir las consideraciones del segundo motivo del recurso de apelación, respecto al informe del estudio psicosocial del Servicio de Oftalmología, así como los motivos basados en la baja laboral de la actora y la reducción de jornada que tenía en el momento de su reincorporación.

Se explica que es un criterio jurisprudencial consolidado que la normativa laboral de contratación temporal en fraude de ley y la Jurisprudencia dictada al respecto no es de aplicación al personal funcionario ni estatutario de los servicios de salud. Además, el personal estatutario cuenta con una normativa propia y específica como el Estatuto Marco y la normativa básica de la función pública estatal, EBEP. La Ley 30/1999 que cita la apelante se encuentra expresamente derogada por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

Se opone que la apelante introduce en esta instancia motivos de impugnación que no fueron opuestos en la primera instancia como son las alegaciones de la crítica a la contratación temporal que realiza el Hospital ni tampoco el funcionamiento de la Bolsa de Trabajo. Por el contrario, sí que se aportó prueba respecto a la reincorporación del Dr. Gines quien la solicitó para su reingreso en una plaza de facultativo especialista en el Servicio de Oftalmología del Hospital, y sólo había dos facultativas con nombramiento interino, ya que la resta de facultativos tenían un nombramiento fijo. La actora no estaba inscrita en la bolsa de trabajo del Hospital por lo que difícilmente puede invocar una infracción de los criterios de contratación temporal, que no ha probado, ni tampoco un pretendido derecho a que la Administración le haya de ofrecer un nuevo nombramiento temporal. Se alega ex novo la ilegalidad del reingreso del Dr. Gines, la actuación de la Administración para no cubrir nuevamente la vacante dejada por el Dr. Gines cuando se jubiló y la reconversión de la plaza en una vacante del Servicio de Cirugía Vasculor mediante Resolución de 1.2.2013, de modificación parcial de la relación de puestos de trabajo del personal estatutario del ICS.

El objeto del recurso en la instancia y que la sentencia analiza correctamente en los FJ 3 y 4 son los relativos al cese en su nombramiento interino. Concurría una causa legalmente prevista en la normativa que conoce que le es de aplicación -reingreso provisional de un personal estatutario fijo-. Respecto al criterio usado a la hora de escoger a una de las dos vacantes ocupadas interinamente para el reingreso del Dr. Gines y haciendo uso de la doctrina del Tribunal Supremo que considera que en materia de elección de qué interino ha de ser cesado, ante la ausencia de regulación y si no hay criterio convencional, considera que prima el criterio de mérito o capacidad por encima de la antigüedad. Consta en el expediente y la sentencia lo recoge que la Dra. Gloria tenía mayor especialidad en el área de trasplante de córnea por lo que se decidió el cese de la apelante a pesar de ser más antigua. La actora no ha aportado ninguna prueba relativa a su mejor especialización en un área de trabajo determinado.

Desestimación de los restantes motivos que no guardan relación con el objeto del pleito como la denuncia de que la Administración cubre necesidades permanentes con contratos temporales así como que la actora no aprobó en las diversas convocatorias realizadas en el mismo Hospital.

**TERCERO.**- El Tribunal teniendo en cuenta las alegaciones de las partes puede ya avanzar que el recurso de apelación no puede ser acogido. Estamos ante un recurso con ausencia de sistemática, repitiendo párrafos enteros en la misma página, introduciendo consideraciones y alegaciones que nada tienen que ver con lo que constituía el objeto del recurso en la instancia y, menos aún, sin incorporar una crítica justificada de los fundamentos jurídicos de la sentencia o alegando vulneración de los derechos que le correspondían en el procedimiento.

De entrada, en el recurso de apelación no se pueden introducir elementos fácticos nuevos, más allá de los casos previstos en la ley, de modo que las alegaciones relativas a los nombramientos y cese anteriores al objeto de este proceso y a las que hace referencia la apelante, en mayor defensa de la irregular actividad administrativa, no pueden ser tenidas en cuenta. Se trata de hechos nuevos sobre los que la Administración no ha podido defenderse. En efecto, la legalidad todos aquellos actos consentidos y firmes (nombramientos y ceses anteriores al que es objeto de impugnación) no puede ser revisada en este recurso en tanto que el principio de seguridad jurídica y el de actos propios impiden entrar a examinar la legalidad de aquellas



actuaciones administrativas que han devenido firmes, ya sea por haber sido consentidas, ya sea por haber sido recurridas en tiempo y forma pero hayan sido confirmadas por esta jurisdicción, máxime cuando no estamos ante actuaciones nulas de pleno derecho sino, a lo sumo y a juicio de la recurrente, ante actuaciones irregulares, es decir, en su caso, anulables. Y aunque quepa admitir que toda esta actuación puede constituir -siempre que resulte plenamente acreditado- un antecedente fáctico que puede ser valorado en un proceso posterior, es evidente que los efectos jurídicos que la demandante pretende dar a los sucesivos nombramientos no es objetiva y no permite concluir que la Administración haya venido actuando -desde aquel primer nombramiento y hasta el momento del cese que aquí se impugna- en fraude de ley o con desviación de poder. Así lo hemos sostenido en nuestra sentencia de 11.4.2013, rollo apelación 166/2012, que con ciertos tintes de similitud al presente recurso acude a situar, como hacemos hoy, la controversia en el verdadero acto administrativo impugnado y que, acertadamente realiza la sentencia.

En segundo lugar, la segunda instancia en modo alguno puede considerarse como una repetición de la primera a modo de contrarréplica de lo resuelto en sentencia. Estamos ante un marco de análisis de la sentencia de instancia y de los vicios en que la misma hubiera podido incurrir.

En función de las alegaciones y pruebas que obran en las actuaciones el Juez a quo consideró con acierto que no podía revisar aquellas actividades previas y que habían ganado firmeza por haber sido consentidas por la recurrente ( FJ 2º) y concluyó que el cese de la apelante era conforme a Derecho. Nada tiene que ver en el presente procedimiento el funcionamiento de la Bolsa de Trabajo del Hospital, la reconversión de la plaza de oftalmología en febrero de 2013, la vacante dejada por el Dr. Gines, ni tampoco la realización de las convocatorias de las vacantes existentes. En relación con el informe psicosocial de riesgos tampoco aquí sostiene indicio y menos aún prueba de la ilegalidad de la actuación. La sentencia actúa acertadamente deslindando la controversia de todo aquello que le impide analizar la naturaleza jurídica de la relación y la causa del cese. Ninguna relación hay tampoco con una normativa que no regula el personal estatutario de los servicios de salud, como la Ley de Bases de Régimen Local, ni el hecho de que la actora no haya sido nuevamente nombrada por la Administración con posterioridad puesto que no ostentaba ningún derecho a ello.

Tampoco este Tribunal ni el Juzgado de instancia podía declarar la relación de la apelante con el ICS como indefinida puesto que ni éste era el objeto del recurso en la instancia ni tampoco es esta jurisdicción la competente. El personal indefinido no fijo requiere un pronunciamiento judicial del orden social que reconozca esa relación temporal viciada e irregular otorgando el carácter de "indefinido". Además, la actora tenía en el momento del cese, recordemos, un contrato de personal estatutario interino por vacante (folio 39 recurso) que podía finalizar por las causas legalmente previstas.

La sentencia analiza y concluye que existió causa en el cese y que este se ajustó a las previsiones del artículo 10 EBEP, 9.2, 91 y 69.2 del EM. Como acoge la sentencia la causa del cese no se produce sólo cuando la plaza sea cubierta por una persona que hubiera participado y superado un proceso selectivo, también cuando esa plaza sea amortizada y además cuando la misma sea cubierta a partir de un reingreso provisional de un personal estatutario fijo que se reincorpora legalmente al servicio activo.

Tampoco existe error alguno en la sentencia en el análisis de la cuestión del cese de la actora en beneficio de otra oftalmóloga, puesto que analiza en virtud de la prueba tal cuestión y la sustenta en una valoración de los elementos probatorios, sin que la parte apelante realice más que una crítica particular y subjetiva.

Debe confirmarse, por tanto, la sentencia de instancia en todos sus puntos por ser la misma conforme a Derecho y analizar el acto objeto de impugnación.

**CUARTO.-** No procede imponer las costas en esta instancia. El artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la reforma introducida por Ley 37/11, establece la imposición de costas a la parte cuyas pretensiones fuesen totalmente desestimadas, salvo que apreciando las circunstancias que concurren en cada caso, el Tribunal considerase que no concurre los requisitos para ello, por entender que la acción jurisdiccional interpuesta, como ocurre en el presente caso, ha sido necesaria y además aparece fundamentada debidamente para la resolución de la controversia jurídica suscitada entre las partes litigantes. Por lo tanto, consideramos que en atención al presupuesto fáctico en que se ha basado el recurso, así como su fundamentación jurídica, no es procedente la imposición de las costas causadas en este proceso, pues también se aprecian en el debate procesal serias dudas de hecho y de Derecho.

## FALLAMOS

1º) Desestimar el recurso de apelación **170/2013** interpuesto por D Milagrosa contra la Sentencia arriba indicada.

2º) Sin imponer las costas.



Notifíquese la presente resolución en legal forma, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ordinario, y verificado remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

**PUBLICACIÓN**

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente / la Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando la Sala celebrando audiencia pública el día 28 de febrero de 2.014, fecha en que ha sido firmada la sentencia por todos los Sres. Magistrados que formaron Tribunal en la misma. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ