



Roj: **STSJ M 10741/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:10741**

Id Cendoj: **28079330072016100535**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **07/10/2016**

Nº de Recurso: **82/2016**

Nº de Resolución: **525/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

Tlfs. 914934767-66-68-69

33010280

NIG: 28.079.00.3-2013/0023456

Recurso de Apelación 82/2016

Recurrente : D. /Dña. Fidel

PROCURADOR D. /Dña. OLGA ROMOJARO CASADO

Recurrido : CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA C.A.M.

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

SENTENCIA N° 525/2016

Presidente:

D. /Dña. M^a JESUS MURIEL ALONSO

Magistrados:

D. /Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR

D. /Dña. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D. /Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA.

En Madrid a 07 de octubre de 2016.

VISTO, por la Sección VII de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Magistrados arriba relacionados, el recurso de apelación nº 82/2016 interpuesto por la Procuradora Doña Olga Romojaro Casado en representación de Don Fidel , contra la Sentencia dictada el 22 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid en el Procedimiento Abreviado nº 463/2013, contra la Resolución desestimatoria presunta, por silencio administrativo, del recurso de alzada interpuesto contra la comunicación de la Dirección- Gerencia del Hospital Universitario Gregorio Marañón de 8 de marzo de 2013, de cese en su puesto de trabajo eventual. Habiendo sido apelada la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, representada por sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Con fecha 22 de octubre de 2015, y en el Procedimiento Abreviado nº 463/2013 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31, se dictó Sentencia destimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Fidel , contra la Resolución desestimatoria presunta del recurso de alzada interpuesto contra la comunicación de la Dirección-Gerencia del Hospital Universitario Gregorio Marañón de 8 de marzo de 2013, de cese en su puesto de trabajo eventual.

SEGUNDO: Notificada que fue la anterior Sentencia a las partes, por la representación procesal de Don Fidel se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite se sustanció por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención el cual elevó, en su momento, las actuaciones a esta Sala.

TERCERO: Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por diligencia de ordenación se acordó formar el presente Rollo de Apelación y dar a los Autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y siendo así que ninguna de las partes solicitó el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista, ni la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 28 de septiembre del año en curso, en que tuvieron lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Don IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor solicitaba en su demanda una Sentencia que declarase que la plaza que ocupaba (de enfermero/ATS/DUE en el Hospital Gregorio Marañón) era estructural en plantilla, siendo el vínculo que le une con el Hospital el de interinaje con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo, y recurre ahora en apelación contra la desestimación de su pretensión.

Consta en el expediente administrativo que el actor suscribió un primer contrato como estatutario eventual el 6 de septiembre de 2007, como enfermero, turno tarde/noche, por acumulación de tareas. A su término suscribió sucesivamente y sin solución de continuidad semejantes contratos con fechas 21 de diciembre de 2007, 25 de junio de 2008, 27 de octubre de 2008, 27 de enero de 2009, 8 de julio de 2009, 23 de noviembre de 2009, 8 de junio de 2010, 25 de noviembre de 2010, 23 de mayo de 2011, 26 de diciembre de 2011, 27 de marzo de 2012, 24 de diciembre de 2012, 21 de marzo de 2013. En ellos se expresa como causa la acumulación de tareas o garantizar la prestación asistencial, y en los mismos únicamente se indica que es en categoría de enfermero, Área de Salud 1, Hospital Gregorio Marañón, sin expresar plaza o puesto o servicio.

La Sentencia de instancia citaba los supuestos en los que era posible la contratación temporal, así como las causas de cese, indicando a continuación que se trataba de una sucesión de contratos consentida por el actor; que no se ha practicado prueba ninguna en el proceso demostrativa de fraude, y que incluso en el supuesto de que se aceptase la necesidad de crear una plaza de plantilla adicional, no existía razón alguna para asignársela al actor como interino.

El demandante argumenta en su recurso de apelación que viene suscribiendo contratos de forma ininterrumpida para la prestación de sus servicios como ATS en el servicio de urgencias del mencionado Hospital, siendo precisa la continuidad de estos servicios; que el Hospital nunca le ha comunicado el cese de los contratos, indicándole que las sucesivas firmas eran prórrogas del inicial. Que esta situación conculca el artículo 9 del estatuto Marco, pues la actividad que realiza el actor es la normal y permanente en el desarrollo del servicio sanitario. Que su nombramiento de eventual es una contratación en fraude de ley que no se puede amparar por la supuesta tolerancia o consentimiento del demandante; que el fraude debe ser resuelto aplicando la norma que se trata de eludir. Tras abundante cita de jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea, solicitaba la revocación de la Sentencia.

Por su parte la Consejería de Sanidad señalaba al oponerse a la apelación que los contratos a que el actor se refería se suscribieron conforme al artículo 9 del Estatuto Marco y a las Instrucciones de la Consejería para la contratación de personal temporal, siendo la Dirección del Hospital la que decide la fórmula de contratación según las necesidades del servicio.

SEGUNDO.- Esta misma Sección ha resuelto con anterioridad recursos similares al presente. Para su resolución ha de partirse necesariamente de la existencia de una pluralidad diferenciada de regímenes aplicables al personal que presta servicios en el Sistema Nacional de Salud (funcionarios, personal estatutario y personal laboral). Esta situación se reconoce en la Exposición de motivos de la Ley 55/2003 (que señala que en los servicios de salud y centros sanitarios presta servicio "personal con vinculación funcional, laboral y estatutaria"). Cada clase de personal tiene su propio régimen jurídico, que establece sus derechos



y obligaciones, y que actualmente se regula, principal y respectivamente, en el Estatuto Básico del Empleado Público, Estatuto de los Trabajadores y Estatuto Marco del Personal Estatutario.

El personal estatutario de los Servicios de Salud no está vinculado a la Administración sanitaria por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho Público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es el régimen de Seguridad Social, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 41 de nuestra Norma Fundamental, y por ello el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de la Función Pública excluyen explícitamente de su ámbito a este personal.

Se trata de una distinción esencial, pues la regulación de la contratación temporal es distinta según la clase de vinculación con la Administración, y de otro lado ya cabe adelantar que invocándose por el demandante el principio de igualdad, la misma debe existir entre situaciones o regímenes jurídicos idénticos, siendo perfectamente posible la existencia de desigualdades en el conjunto de derechos y deberes de empleados públicos que tengan una vinculación de naturaleza distinta.

En consecuencia, es en la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el ámbito normativo, entre otros, en la que se delimita el régimen jurídico aplicable a este tipo de personal y el artículo 9 del mismo recoge los supuestos de contratación temporal en cada una de sus diferentes figuras, (interinidad, de carácter eventual o de sustitución), así como las causas por las que se cesa en la relación estatutaria en cada una de las modalidades reseñadas.

En el apartado 2 del artículo 9 se señala que el nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones, añadiéndose que se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

Por su parte el apartado 3 de propio precepto significa que el nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria;
- b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios;
- c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

El cese de este tipo de personal, se puntualiza en el propio apartado, se llevará a cabo cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determinara en el nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

TERCERO.- No es objeto de discusión que la vinculación del demandante con el Servicio Madrileño de salud es la de personal estatutario con contrato eventual. Tanto el nombramiento inicial de 2007 como los que siguieron son verdaderos actos administrativos y los mismos ganaron firmeza por no haber sido impugnados en su día, por lo que a esta fecha solo pueden ser examinados como precedentes de la situación actual del demandante.

En el caso presente, la prueba documental, única disponible, expresa literalmente que el nombramiento de origen y sus sucesivas prórrogas fueron referidas a un nombramiento de carácter eventual, sin que se aluda a un supuesto carácter de interinidad, ni exista determinación de plaza específica, ni siquiera de servicio hospitalario donde el demandante debía desarrollar sus funciones.

Y realmente habría que demostrar que la literalidad de dicho nombramiento inicial y de sus sucesivas prórrogas, o al menos del último nombramiento impugnado junto con el cese, no se correspondían con la realidad jurídica, y tal cosa no ha sido probada: ni el nombramiento inicial ni las sucesivas prórrogas lo fueron para la cobertura de una plaza determinada vacante (nada se demuestra al respecto), sino por necesidades del servicio, dada la acumulación de tareas pendientes y la necesidad de garantizar la continuidad del servicio, lo que encaja en las previsiones a) y b) del apartado 3 del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

El demandante viene a entender, o así se deduce de sus alegaciones, que el solo hecho de la duración acumulada de sus contratos es demostrativo de la necesidad de creación de una plaza estructural permanente, pero ninguna prueba se ha practicado, mas allá de la aportación de los contratos, que se reitera una vez mas, simplemente indican la categoría para la que se contrata, así como la duración, pero no especifican los concretos servicios a desarrollar.

El artículo 9.3 no establece la obligación de crear una plaza cuando existe contratación estatutaria eventual superior a dos años, ni mucho menos dispone que deba entenderse automáticamente creada, sino que impone



a la Administración la obligación de analizar el por qué ha sucedido y a actuar en consecuencia. El demandante no manifiesta si conoce que dicho estudio se vaya a realizar o se haya realizado, siendo sin embargo conocido -pues ha sido asimismo origen de diversos recursos ante la jurisdicción- que la aprobación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del año 2013 implica un proceso de aprobación de nuevas plantillas orgánicas en cada uno de los Hospitales con que cuenta el Servicio Madrileño de Salud, que en consecuencia está conduciendo a diversos procesos para la creación de nuevas plazas de plantilla, en aquellos casos en los que se detectan necesidades estructurales servidas por personal eventual, procesos que una vez culminados mediante la creación de las plazas que se hayan determinado como necesarias, serán cubiertas bien mediante el oportuno concurso entre personal estatutario fijo, con arreglo a los principios de mérito y capacidad, o en su defecto interinamente por medio del personal que corresponda según las normas aplicables, y en este último caso hasta que se lleve a cabo el proceso selectivo.

CUARTO.- Lo que el demandante solicitó en vía administrativa fue que se declarase su plaza como estructural y a él como ocupante interino de la misma, lo cual es inviable desde el momento en que faltaba el presupuesto de que la plaza estuviera creada. Podría haber reclamado que conforme al artículo 9 del Estatuto Marco por la Administración se procediese al estudio de la necesidad de creación de la plaza, bien entendido que de resolverse la innecesidad de dicha creación (o de denegarse la misma por silencio al no responder la Administración en plazo) lo que procedería sería prohibir la realización de un nuevo contrato eventual. Y para el caso de que efectivamente se crease la plaza, lo que procedería, mientras obligadamente saliera a concurso, sería su desempeño por medio de interino, nombrado conforme a la normativa de aplicación. Y entendemos, que solo en el caso de que de dicho estudio resultase la necesidad de creación de una plaza estructural, y en tanto se tramitase su creación formal, podrían seguir produciéndose prórrogas en la contratación eventual.

QUINTO.- No se dan, en consecuencia, los presupuestos necesarios para la declaración que la parte actora reclamaba, pues no se ha probado que viniese ocupando una plaza existente y vacante, y la sucesión de contratos de duración determinada encadenados durante más de dos años no permite por sí sola sentar una presunción de fraude de ley, entre otras razones porque se ignora si la necesidad que movió a la contratación temporal eventual del actor ha sido tenida en cuenta por el Servicio Madrileño de Salud al elaborar el PORH o en su aplicación al elaborar las plantillas orgánicas de los Hospitales (siendo la última plantilla orgánica del Hospital Gregorio Marañón aprobada en el mes de agosto de 2016). Es decir, se ignora si la Administración ha procedido al estudio de la necesidad de una plaza estructural y el resultado de dicho estudio.

Pero es más, el fraude al que alude el demandante, de considerarse probado, conduciría a aplicar la norma que se trata de eludir, es decir, el artículo 9 del Estatuto Marco y por tanto a declarar la procedencia de que la Administración Sanitaria estudiase las causas que motivaron aquella situación y si procede crear la plaza estructural en la Plantilla. Y esa valoración, no haría falta decirlo, ha de ser realizada por la Administración y no directamente por los Tribunales, que serán en su caso competentes para revisar el resultado de dicho proceso.

SEXTO.- Por otra parte, resulta forzoso aludir a las recientes sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la cláusula 5 del acuerdo marco anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, señalando en primer lugar que la misma, titulada medidas destinadas a evitar la utilización abusiva como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, no es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional (cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por la Labour Court - Irlanda), y en segundo lugar que estas sentencias, a que a continuación nos referiremos, se dictan en respuesta al planteamiento de cuestiones prejudiciales por distintos Tribunales españoles, en relación con contratos temporales suscritos por empleados públicos con distinta vinculación (laborales, estatutarios).

El Tribunal Europeo recuerda que el fin perseguido por la indicada Directiva es el de garantizar la igualdad de trato a los trabajadores de duración temporal o determinada, frente a los de duración indefinida, protegiéndoles contra toda discriminación en las condiciones de trabajo y evitar los abusos de dicha forma de contratación. Ahora bien, más allá de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en distintas resoluciones, ha contemplado que se produce discriminación entre los funcionarios de carrera y el personal contratado con carácter indefinido; en relación con los eventuales, interinos y personal laboral temporal, en materia de retribuciones y reconocimiento del trabajo desarrollado a efectos de trienios, no cabe apreciar discriminación injustificada en orden a la distinta duración de la contratación eventual en contraposición a la realizada en régimen de interinidad. La distinción entre unos y otros viene dada sobre todo por la existencia (o no) de un puesto de trabajo en plaza estructural.

SEPTIMO.- Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado dos sentencias, ambas de 14 de septiembre de 2016, casos **Pérez López** (C- 16/15 , EU:C:2016:679) y **Martínez Andrés** C-184/15 y C-197/15 , resolviendo una serie de cuestiones que le fueron propuestas con carácter prejudicial, en relación



con los contratos de duración determinada concertados en el ámbito de los Servicios de Salud, la primera promovida por el Juzgado de lo Contencioso núm. 4 de Madrid y la segunda por el TSJ del País Vasco.

En la sentencia **Pérez López** se cita el principio de no discriminación contenido en la cláusula cuarta, según la cual "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", y el apartado 1 de la cláusula 5 del Acuerdo marco, titulada «medidas destinadas a evitar la utilización abusiva», que dispone lo siguiente: «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.»

El Tribunal de la Unión, recoge a continuación el contenido del artículo 9 del Estatuto Marco, y expone que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir, a tal fin, a una o varias de las medidas enunciadas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula, o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de distintos sectores o categorías de trabajadores, es decir, se deja a los Estados la elección de los medios para alcanzar el objetivo, que es el de la prevención de abusos en la contratación temporal. Sigue razonando la Sentencia que el Derecho de la Unión no establece como reaccionar cuando se produce un abuso, debiendo los Estados adoptar alguna medida que ofrezca 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.

Posteriormente el Tribunal Europeo, después de recordar que no le corresponde la interpretación del Derecho interno, siendo los tribunales nacionales competentes los que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional pertinente cumple los requisitos establecidos en la cláusula 5 del Acuerdo marco, ofrece unas precisiones orientadoras, señalando que el artículo 9 del Estatuto Marco determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada. Añade que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que puede justificar objetivamente en este sector específico, el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada. Lo que no estaría justificado sería el acudir a la contratación eventual para cubrir una necesidad permanente y estable.

De los anteriores razonamientos se desprende que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no considera la redacción del citado artículo 9 contrario a las exigencias de la Directiva, si bien advierte que la aplicación que de dicha norma se haga por las Administraciones sí puede entrar en contradicción con la Directiva, pues la Administración puede aplicar la figura del contrato eventual para cubrir necesidades permanentes, y porque no existe obligación de crear, en tal caso, plazas estructurales.

Por otra parte, en la Sentencia Martínez de Andrés, en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, añade el Tribunal de la Unión Europea que una normativa nacional que prohíba en el sector público transformar contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, solo será válida si se cuenta, en el mismo sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Con carácter orientador, el Tribunal indica que la figura de trabajador indefinido no fijo no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, sin perjuicio de lo cual, si no existiera ninguna otra medida efectiva, el asimilar su situación a la de los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta.

OCTAVO.- Así expuestas estas recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea, y aplicándolas al caso de autos, observamos que el apelante no solicita que se acuda al mecanismo de control previsto en el artículo 9 del Estatuto Marco, pues no reclama el estudio de la necesidad de crear una plaza estructural, sino que se declare que la misma existe.

El Tribunal de la Unión Europea no realiza objeciones a la normativa interna, sino a la aplicación abusiva que pueda hacerse de ella. La propia normativa interna establece una serie de limitaciones y condiciones para



impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que la correcta invocación y aplicación de dicha normativa impediría la perpetuación del abuso.

Por último se considera que el Tribunal de la Unión Europea no está recomendando la aplicación en estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino contestando a una concreta pregunta, a saber, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por lo tanto, su respuesta solo puede entenderse como afirmativa para el caso de que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en ámbito de las relaciones estatutarias. En primer lugar y fundamentalmente al ser una figura existente exclusivamente en el ámbito laboral, no siendo de aplicación al personal estatutario (artículo 20 del Estatuto Marco) y en segundo lugar porque lo que el actor solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Por ello la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable, salvo claro está que se demostrase no ya la existencia de un fraude en la duración del contrato sino también de su propia naturaleza estatutaria, y se declarase la existencia de un vínculo laboral, pronunciamiento que no ha sido solicitado.

Dicha solución de acudir a la figura de contrato laboral fijo indefinido -se reitera, para casos de fraude demostrado- sería además de dudosa eficacia, puesto que nada impediría que la Administración procediera seguidamente a amortizar por no estimarla necesaria, aquella plaza laboral que no habría sido siquiera creada formalmente.

NOVENO.- La solución a los posibles abusos en la contratación eventual pasa por la rigurosa aplicación del artículo 9 del Estatuto Marco, cuya concreta redacción no es disconforme con la Directiva, y en consecuencia si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, y si la Administración no procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, podrán los interesados (que lo serán no solo el contratado eventual, sino también los integrantes de la bolsa de interinos, que pudieran ocupar la misma si fuera creada, o las organizaciones sindicales en representación de sus afiliados) exigir dicho estudio, bien entendido que en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, correspondería su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio.

En este punto podemos considerar concluido el tema principal suscitado en el recurso dados los términos en que vienen planteadas las pretensiones, no sin dejar de advertir -por referirnos también a la tercera de las Sentencias del Tribunal Europeo que se comentan- que si a la postre se llegase a la conclusión de que los cometidos desempeñados por el eventual precisan la creación de una plaza estructural, la situación del eventual realmente empeoraría: no se produciría un nuevo nombramiento y sería más que discutible que tuvieran derecho a indemnización por la finalización del contrato. No hace falta decir que actualmente los funcionarios o estatutarios temporales no tienen indemnización por despido, como tampoco la tienen los funcionarios o estatutarios de carrera, y a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales, por lo que podría no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo también de 14 de septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De Diego Porras, al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización. Cuestión que se deja meramente apuntada, pues no era materia de debate en esta apelación.

DECIMO.- La existencia de nuevos argumentos como los ofrecidos por las Sentencias del Tribunal Europeo que aquí se citan, sobre los cuales no existía pronunciamiento de esta sala, determinan la no condena en costas a la parte apelante, no obstante la desestimación de la apelación, asimilando el supuesto al de dudas de derecho que contempla el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Olga Romojaro Casado en representación de Don Fidel, contra la Sentencia dictada el 22 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid en el Procedimiento Abreviado nº 463/2013, la cual por ser conforme a derecho confirmamos, sin imposición de costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción que del mismo efectúa la



Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio , el cual se preparará ante esta Sala, en un plazo de treinta días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, por escrito que deberá cumplir los requisitos especificados en el artículo 89.2 de la indicada Ley 29/1998, de 13 de Julio , en la redacción que del mismo efectúa la citada Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio (B.O.E. número 174, de 22 de Julio próximo siguiente).

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada la firmeza de la misma remítase testimonio, junto con el Expediente Administrativo, al órgano que dictó la Resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D. /Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ