



Roj: **STSJ M 10476/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:10476**

Id Cendoj: **28079330072017100534**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **17/10/2017**

Nº de Recurso: **1186/2016**

Nº de Resolución: **558/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE FELIX MARTIN CORREDERA**

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:** 28.079.00.3-2013/0021403

**Recurso de Apelación 1186/2016**

**Recurrente** : D./Dña. Aurelia

PROCURADOR D./Dña. BLANCA BERRIATUA HORTA

**Recurrido** : CONSEJERIA DE SANIDAD Y CONSUMO-SUMMA 112

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

**SENTENCIA N° 558/2017**

Presidente:

**D./Dña. M<sup>a</sup> JESUS MURIEL ALONSO**

Magistrados:

**D./Dña. ELVIRA ADORACION RODRIGUEZ MARTI**

**D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR**

**D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA.**

En Madrid a 17 de octubre de 2017.

Esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Madrid (Sección Séptima) ha visto el recurso de apelación número 1186/2016, interpuesto por doña Aurelia , representada por la procuradora doña Blanca Berriatúa Horta, contra la sentencia de 7 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Madrid en el procedimiento abreviado número 433/2013, interpuesto frente a la desestimación presunta del recurso de alzada formulado en desacuerdo con la resolución de 25 de junio de 2013, del Director Gerente del SUMMA 112, por la que se desestima la reclamación frente al cese de la recurrente como personal estatutario temporal. Ha intervenido como recurrido el Letrado de la Comunidad de Madrid en representación defensa de su Administración.

Ha actuado como ponente don JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA, magistrado de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** . El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Madrid, con fecha 7 de octubre de 2016, dictó sentencia en el procedimiento abreviado 433/2013, desestimando el recurso interpuesto contra la resolución mencionada en el encabezamiento.

**SEGUNDO** . Notificada a las partes, la representación procesal de doña Aurelia interpuso recurso de apelación; una vez admitido, se acordó dar traslado al letrado de la Comunidad de Madrid para que en el plazo de quince días formalizase su oposición. Dentro del trámite conferido, se opuso al recurso en base a los fundamentos que expone y solicita su desestimación así como la confirmación de la sentencia apelada; tras lo cual se dispuso la remisión de los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes.

**TERCERO** . Recibidas las actuaciones, se acordó formar rollo de apelación y al no haberse solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 11 de octubre de 2017, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** . La actora solicitaba en su demanda una sentencia que anulase la resolución impugnada y, para el restablecimiento de su situación jurídica individualizada, le reconociese la condición de personal fijo o, subsidiariamente, el abono de una indemnización por daños y perjuicios en una cantidad equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio.

Consta en el expediente administrativo, y queda reflejado igualmente en la sentencia apelada, que doña Aurelia ha venido siendo nombrada como personal estatutario eventual para prestar servicios de «operadora/locutora» en el servicio de atención de llamadas del SUMMA 112 en diferentes periodos a partir del 24 de noviembre de 2006. Recoge la sentencia que durante ese tiempo ha sido objeto de un total de 114 nombramientos, 60 de ellos como personal temporal de sustitución, para cubrir la vacante de otros trabajadores que se ausentaban de sus funciones temporalmente; estos últimos suponen un total de 127 días de trabajo. Igualmente, ha sido objeto de 54 nombramientos de personal estatutario eventual, que constituyen la mayor parte del tiempo de trabajo, alcanzando conjuntamente 1321 días; y entre el mes de diciembre de 2009 y el mes de marzo de 2013 ha trabajado, prácticamente sin interrupción, mediante nombramientos de carácter eventual. La continuidad se vio truncada durante las cuatro semanas del mes de abril y la primera semana del mes de mayo del año 2013 en que únicamente trabajó durante diez días, de los casi cuarenta posibles. El último de sus nombramientos lo fue como personal estatutario eventual, con una duración de dos días, 6 y 7 de mayo de 2013, tras la que fue cesada y dada de baja en la Seguridad Social. Tras su cese, la actora formuló una reclamación administrativa de 28 de mayo de 2013 en la que se alegaba que la concatenación sucesiva de múltiples contratos temporales era fraudulenta puesto que siempre había realizado las mismas funciones de locutora y que los contratos "no obedecían a razones de necesidad, urgencia o desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario", sino que vino ocupando una plaza fija de plantilla, por lo que solicitaba que se le considerara personal fijo.

En respuesta a la reclamación contra el cese, la resolución de 25 de junio de 2011 indica que todos los contratos de la recurrente fueron como personal estatutario, regidos por el Estatuto Marco del personal Estatutario de los servicios de Salud, y por tanto de carácter administrativo, de tal suerte que no cabía la vía social sino la contencioso-administrativa; y entrando en el análisis de la solicitud, la desestimó mediante la resolución que constituyó el objeto del procedimiento en la primera instancia.

Hay que intercalar aquí que la sentencia apelada fue dictada una vez que el TJUE hubo resuelto mediante dos sentencias, ambas de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-16/15 y C-197/2015 y acumulado C-184/2015), las peticiones de decisiones prejudiciales suscitadas, respectivamente por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Madrid y por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En la primera, el TJUE concluye, dicho ahora a costa de simplificarlo mucho, que la aplicación que había realizado la Administración Pública Sanitaria del artículo 9.3 de la Ley 55/2003, concatenando contratos como personal eventual es contraria al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP incorporado a la Directiva 1999/70. En similar sentido, se pronuncia la sentencia recaída en el asunto C-197/2015 y acumulado C-184/2015 asimismo sobre la sucesión abusiva de contratos temporales con la Administración regidos por el derecho administrativo.

Con encomiables esfuerzos argumentativos indaga atinadamente el magistrado de la primera instancia en los posibles efectos de los pronunciamientos del TJUE en el caso considerado (lo sustancial es coincidente con el que dio lugar a las decisiones prejudiciales, esto es, la sucesión de contratos temporales como personal estatutario temporal). Y pese a que también con habilidad notable el letrado de doña Aurelia pretende la revocación de la sentencia, no encontramos razones suficientes para ello, como enseguida explicamos.



**SEGUNDO** . El caso es que el derecho que regula tanto la función pública como el régimen del personal estatutario sanitario no contiene previsión alguna equiparable a la que se contempla en el Estatuto de los Trabajadores reconociendo al personal temporal contratado irregularmente la condición de «trabajador o personal indefinido no fijo», ni tampoco prevé otras medidas, como las indemnizatorias, o la readmisión, para reparar la irregularidad o el fraude producidos.

Frente a ello se argumenta en el recurso de apelación que en el caso de un funcionario que sin incurrir en ninguna de las causas tasadas, o incluso incurriendo y que luego se revelasen injustas, perdiera su condición (más bien, se le echase de su puesto) de forma contraria a derecho, al momento de ser rehabilitado tendría derecho a la oportuna reparación de los perjuicios sufridos y que, por lógica, el mismo trato debe darse a la recurrente, puesto que si se la considera "funcionaria" a efectos de no tener derecho a indemnización alguna por la pérdida de dicha condición, esta debería haberse producido en virtud de alguna de las causas previstas y no simplemente manifestándole que ya no se cuenta con ella, como ocurrió al disponer su cese.

También contrariamente a la opinión del magistrado de instancia sobre la imposibilidad de trasladar las previsiones indemnizatorias laborales al caso que nos ocupa, enfatiza el letrado de la apelante que la interpretación que del artículo 9 del Acuerdo Marco realiza el TJUE para salvar su validez es bajo la condición de «el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuenta con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría profesional». En su opinión nuestro derecho cuenta con las medidas previstas en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, de los que resulta la sujeción a la indemnización de los daños y perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones y también de reparar los daños causados por culpa. Y entiende que dichos artículos por razones de equidad y sentido común no pueden sino remitir a las consecuencias que para el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores tienen los despidos cuando se declaran improcedentes, como ocurre cuando se producen contrataciones temporales encadenadas que superan 24 meses en un plazo de 30. Por eso, ante la imposibilidad de la readmisión, solicita la cantidad de 14.491,80 € que sería la indemnización correspondiente a un despido improcedente, en concepto de daños y perjuicios. De forma subsidiaria, de darse por válido el razonamiento de que nos hallamos ante una "interinidad finalizada", le correspondería percibir la cuantía de 6.788,95 € equivalente a la indemnización que el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, prevé para las extinciones de la relación laboral por causas objetivas. Esta petición subsidiaria, añade, casaría además con una prohibición, además de la de discriminar a los trabajadores temporales respecto de los indefinidos, Y que el TJUE ha "olvidado", la de discriminar a los trabajadores que presten servicios para las Administraciones Públicas respecto de aquellos que lo hagan para empresas privadas.

El letrado autonómico solicita la desestimación del recurso. Considera que las pretensiones de la recurrente carecen de amparo legal. Ante el cese de su situación estatutaria pretendía el reconocimiento de la condición de trabajadora fija (luego indefinida no fija) o subsidiariamente el abono de la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente o en su defecto para el despido objetivo. Pero sucede que la consecuencia jurídica de eventuales irregularidades o fraudes en relaciones estatutarias en ningún caso pueden suponer que por parte del orden contencioso administrativo se indemnice en especie a un trabajador, conminando a la Administración a suscribir un contrato laboral. Ello supondría igualmente transformar un puesto de trabajo estatutario en uno laboral, algo insólito que chocaría con las potestades de autoorganización reconocidas a la Administración. Esto no es todo, la indemnización que se contempla como alternativa supondría la aplicación de la normativa laboral a una relación de carácter administrativo y ningún cese estatutario de la Administración resultaría conforme a la normativa laboral. Fuera de esto, las indemnizaciones del Estatuto de los trabajadores no tienen carácter resarcitorio, por lo que, siempre a juicio del letrado autonómico en modo alguno procede la aplicación analógica a unos eventuales daños y perjuicios.

**TERCERO** . El recurso de apelación no puede ser acogido. No es posible estirar los hilos del razonamiento de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 hasta los límites que pretende el letrado de la recurrente, al pretender en definitiva aplicar al personal estatutario eventual las previsiones contempladas en el Estatuto de los Trabajadores para los despidos improcedentes o para la extinción de la relación por causas objetivas.

Como es sabido, en los litigios que provocaron las cuestiones prejudiciales resueltas en las sentencias de 14 de septiembre de 2016 se suscitaba la interpretación del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE y se referían a personal estatutario temporal de Servicios de Salud (madrileño y vasco de Salud) y a personal funcionario interino municipal (Ayuntamiento de Vitoria). En los supuestos examinados, se habían encadenado nombramientos sucesivos que no estaban justificados.

Es preciso para nuestro examen no olvidar el contenido de la cláusula cuarta del Acuerdo Marco. Citamos:



«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».

Pues bien, a estos efectos, no es comparable la situación propuesta por la apelante.

Hay que focalizar la atención sobre todo en las declaraciones contenidas en los apartados 66, 67 y 68 del C-16-15. En el apartado 66 se declara que « una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, como la que señala el juzgado remitente, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco». Añade, en el apartado 66 que esta diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual». Y todavía más, en el apartado 68 dice el Tribunal que «en la medida en que ningún elemento de los autos en poder del Tribunal de Justicia deja ver que en el litigio principal exista una diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual y el personal estatutario fijo, la diferencia de trato objeto de la cuarta cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

En una suerte de paréntesis, señalaremos aquí que ante el Tribunal Supremo está pendiente la resolución del recurso de casación 785/2017 admitido por auto de mayo de 2017 al respecto de la utilización abusiva de nombramientos como eventual en servicios de Salud, en el que ha precisado como cuestiones que presentan interés casacional objetivo determinar (i) si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 ), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal. (ii) con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

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

Bien. Con independencia de lo que pueda decidir el Tribunal Supremo, los esfuerzos argumentativos de la recurrente no pueden abrirse camino, porque el personal estatutario de los Servicios de Salud está excluido expresamente del régimen laboral, y ello lleva aparejado que no quepa equiparar su situación a los efectos que se pretenden, o, en definitiva, considerar que el comparable a efectos del acuerdo marco, sean los contratados laborales. Esa comparación, exigida por el TJUE, ha de serlo con el personal estatutario fijo, pues es perfectamente posible - sin contradecir el acuerdo marco - la existencia de desigualdades en el conjunto de derechos y deberes de empleados públicos con respecto al personal con relación laboral.

Es en el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud ( Ley 55/2003) donde se delimita el régimen jurídico aplicable. Y su artículo 9 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. Y la contratación eventual en contraposición a la realizada en régimen de interinidad, pues la distinción entre una y otra viene determinada sobre todo por la existencia (o no) de un puesto de trabajo en plaza estructural.

Consideramos frágil la idea de tener que tomar impulso en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil , de los que resulta la sujeción a la indemnización de los daños y perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones y también de reparar los daños causados por culpa, para saltar desde ahí al régimen laboral. Es más bien un ejercicio de voluntarismo traer esos preceptos al derecho público, para saltar de régimen jurídico (del estatutario al laboral) con el propósito de situar el comparable. Ya en la Exposición de motivos de la Ley 55/2003 se señala que en los servicios de salud y centros sanitarios presta servicio "personal con vinculación funcional, laboral y estatutaria") y 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, en el Estatuto de los Trabajadores y en el 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, distinción esencial, pues la regulación de la contratación temporal es distinta según la clase de vinculación con la Administración, de manera que ante esa diferencia no es acogible invocar la Directiva, pues la existencia de desigualdades en el conjunto de derechos y deberes de empleados públicos se deriva de la distinta naturaleza de la vinculación, lo cual, según la jurisprudencia del TJUE, no contradice el Acuerdo Marco.

Fuera de esto, como hemos observado en otras ocasiones, el fraude por la anudación de contrataciones temporales, ha de conducir a aplicar el artículo 9 del Estatuto Marco, esto es, que la Administración Sanitaria estudie las causas que motivaron la situación y, de ser procedente, crear la plaza estructural en la plantilla.

**CUARTO**. Por otra parte, en la sentencia Martínez de Andrés, en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 se hace notar 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. Ahora bien, a este respecto, es preciso aclarar que el Tribunal de la Unión Europea, a la verdad, no recomienda la aplicación para estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino que simplemente da respuesta a una pregunta planteada en esos términos hipotéticos o de mera posibilidad, es decir, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por ello, la respuesta del Tribunal solo puede entenderse condicionada a que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en las relaciones estatutarias, al estar prevista únicamente en el ámbito de las relaciones laborales, y además porque lo que la actora solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Así pues la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable aquí.

Sobra decir, para finalizar, que ni el personal funcionario interino ni el estatutario temporal tienen indemnización por despido, como tampoco la tienen los funcionarios o estatutarios de carrera, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales, por lo que no es tampoco de aplicación la doctrina contenida en 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.

**QUINTO**. La existencia de nuevas perspectivas de examen como las que resultan de las Sentencias del Tribunal Europeo citadas determinan la no condena en costas a la parte apelante, no obstante la desestimación de su recurso

## FALLO

En atención a lo expuesto, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de apelación interpuesto por doña Aurelia contra la sentencia de 7 de octubre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Madrid en el procedimiento abreviado número 433/2013, sentencia que se confirma, sin hacer imposición de costas en ninguna de las instancias.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581-0000-85-1186-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-85-1186-16 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así se acuerda y firma.





**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA, 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