



Roj: **STSJ M 9308/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:9308**

Id Cendoj: **28079330072018100679**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **25/2018**

Nº de Resolución: **568/2018**

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:** 28.079.00.3-2017/0001782

**Recurso de Apelación 25/2018**

**Recurrente:** D./Dña. Ovidio

PROCURADOR D./Dña. ISABEL CAÑEDO VEGA

**Recurrido:** COMUNIDAD DE MADRID. CONSEJERIA DE MEDIO AMBIENTE ADMINISTRACION LOCAL Y ORDENACION DEL TERRITORIO

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

**SENTENCIA N° 568/2018**

Presidente:

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

Magistrados:

**Dña. ELVIRA ADORACION RODRIGUEZ MARTI**

**D. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR**

**Dña. MATILDE APARICIO FERNÁNDEZ**

**D. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES**

**D. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA.**

En Madrid a 14 de septiembre de 2018.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los magistrados antes expresados, ha visto el recurso de apelación número 25/2018, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Cañedo Vega en nombre de Don Ovidio , contra la sentencia de 23 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 10 de Madrid en el procedimiento abreviado 39/2017, interpuesto frente a la Orden 3659/16, de 16 de diciembre, por la que se cesa al recurrente como funcionario interino de la Comunidad de Madrid en el puesto 2326 con efectos de 16 de diciembre de 2016, por reincorporación del titular a consecuencia de la Orden de 7 de noviembre de 2016



de la Consejería de Economía, **Empleo** y Hacienda en la que se nombran funcionarios de carrera del Cuerpo de ingenieros y arquitectos técnicos, escala de ingeniería técnica, de Administración especial, subgrupo A2.

Es apelada la Comunidad de Madrid, representada por Letrado de sus servicios jurídicos.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 10 de Madrid dictó Sentencia con fecha 23 de octubre de 2017 y con el siguiente FALLO:

"Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo nº 39/2017 interpuesto por D. Ovidio contra las resoluciones expresadas en el primer fundamento de derecho de esta Sentencia."

**SEGUNDO.**- Notificada la Sentencia a las partes, el actor interpuso recurso de apelación, al que se opuso la Administración demandada, 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 12 de septiembre de 2018, fecha en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Don IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Don Ovidio, funcionario interino de la Comunidad de Madrid, solicitaba en el escrito de demanda la nulidad de su cese en el puesto que ocupaba, reponiéndole en dicho puesto de trabajo, con abono de las retribuciones dejadas de percibir desde el cese hasta la efectiva reincorporación y, en la cuantía resultante, así como los intereses legales devengados, condenando asimismo a la Administración a considerar a todos los efectos como indefinida no fija la relación de servicios que le vincula con la Administración con efectos desde su nombramiento, con abono de las retribuciones dejadas de percibir desde el cese con los intereses legales que procedan.

La Sentencia de instancia, sintéticamente, rechaza que el cese de funcionario interino, motivado por cobertura del puesto por funcionario de carrera, sea nulo por el hecho de que por Sentencia de esta Sección, de 11 de noviembre de 2015, se anulasen las convocatorias de diversos procesos selectivos, entre ellos el que supuso el nombramiento como funcionario de carrera de quien fue nombrado para el puesto que ocupaba interinamente el actor. Y respecto a su pretensión de ser nombrado indefinido no fijo en su relación de servicios, razona que ni el recurrente tenía una relación de carácter laboral ni existió una sucesión fraudulenta de contratos.

**SEGUNDO.**- En su recurso de apelación Don Ovidio alega litispendencia, solicitando la suspensión del juicio, pues la convocatoria por la cual se procede a la cobertura del puesto de trabajo servido por el actor, fue declarada nula por Sentencia del TSJ de Madrid Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima con nº 671/2015 de 11 de noviembre.

Esta declaración de nulidad tiene -afirma el apelante- una incidencia directa en el cese del actor, que fue cesado como consecuencia de la Convocatoria 898/2014 y en consecuencia, si se anula la Orden de convocatoria se anula todo el proceso y se anula la adjudicación de plazas y ello conlleva que el actor no debió ser cesado. Esta sentencia fue recurrida en casación y pendiente de resolución en el Tribunal Supremo.

Añade que la ejecución de la **oferta de empleo público** no tuvo lugar en el plazo de **3 años** establecidos legalmente, por lo que la convocatoria no era válida, sin que pesara sobre el demandante, funcionario interino, la carga de impugnarla.

Finalmente sostenía que la interinidad no admite distinción entre contratados laborales o funcionarios, siendo aplicable al demandante la doctrina jurisprudencial derivada de las diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre trabajo temporal.

**TERCERO.**- Entendemos que más que litispendencia, lo que el apelante alega es la existencia de prejudicialidad, es decir, la existencia de un pleito pendiente cuyo resultado puede afectar a un segundo procedimiento, y ello por referencia al recurso de casación pendiente de resolver, contra nuestra sentencia de 671/2015 de 11 de noviembre de 2015, en la cual se declaraba nula la Orden 898/2014 de 28 de abril de 2014 de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, de convocatoria de pruebas de ingreso para funcionarios de la Comunidad.



No concurre dicha prejudicialidad, por las mismas razones por las que asimismo hemos resuelto en otros procedimientos anteriores ( recurso 11/2018, sentencia de 4 de julio de 2018) que, llevadas a término dichas convocatorias, y nombrados funcionarios quienes las superaron, concurre causa legal de cese de los funcionarios interinos que suplían esta carencia, sin que la anulación del proceso selectivo implique la declaración de nulidad del cese de interinos que dichos nombramientos provocaron (de la misma manera que no serían nulos los trabajos realizados por dichos funcionarios de carrera desde su toma de posesión), siendo esta misma ausencia de relación causa efecto la que asimismo ha conducido a negar a los funcionarios interinos legitimación para recurrir, en protección de esta situación de interinidad, contra las convocatorias de procesos selectivos, o contra su resultado.

Efectivamente en el recurso de apelación 760/2016 (sentencia de veintiséis de Mayo del año dos mil diecisiete) hemos negado la falta de legitimación del funcionario interino para impugnar convocatorias aduciendo su **caducidad**:

*"la indicada Sentencia [por referencia a la sentencia de esta Sección nº 671/2015, de 11 de noviembre de 2015] , por cierto pendiente de resolución del recurso de casación que contra la misma se interpuso, fue dictada con ocasión de un proceso instado, por la Abogacía del Estado, contra una Convocatoria de distintos procedimientos selectivos por parte de la Comunidad de Madrid, y en la misma ... entendimos que en el caso concreto el interés legítimo de la Administración General del Estado se fundamentaba en la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas básicas sobre contención del gasto público ...*

...

*La existencia de una legitimación, "ad causam" en el caso que nos ocupa, viene ligada a la existencia de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga...*

...

*Pues bien, estos beneficios que se alegan son, a nuestro juicio, amén de indirectos, no legítimos, y no pueden ser alegados por el apelante válidamente, sobre todo en lo concerniente a su situación de interinidad o temporalidad, y todo ello sin olvidar que el mismo carece de acción para la defensa genérica de la legalidad, porque en esta materia la acción no es pública, lo que de sobra es conocido.*

*En un supuesto que guarda bastante similitud con el que ahora examinamos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Marzo de 2006 (casación 1913/2001 ) niega legitimación a un funcionario interino para impugnar un proceso selectivo, en el que inicialmente participaba, con la siguiente argumentación que vale la pena reproducir:*

*"Alega el recurrente unos beneficios indirectos, consistentes en que siendo funcionario interino, de no cubrirse las plazas por titulares se vería posiblemente beneficiado con la ampliación de la duración de su situación y además no dependería de los funcionarios que ocuparían los cargos cuyo nombramiento impugna. Estos perjuicios los podían alegar no solo el recurrente, sino quienes no siendo funcionarios ni participando en el procedimiento selectivo aspiraran en un futuro más o menos cercano a serlo, pues es evidente que mientras no se cubran las plazas del concurso, existirán más vacantes. Sin embargo este interés, difuso, aunque real, no es legítimo, máxime para quienes como el actor, pudiendo participar en el proceso selectivo, posteriormente lo abandona. En efecto, el principio de legalidad al que la Administración está sometida, artículos 1.1 , 9.3 y 103.1 de la Constitución le obliga a cubrir las vacantes producidas, lo que a su vez redundará en el buen funcionamiento de los servicios públicos y en última instancia en el del interés público de todos los ciudadanos cuyo servicio constituye la legitimación del poder que se le otorga. Por ello, sin perjuicio de que analizado caso por caso, se llegue a extender la legitimación para la impugnación de procedimientos selectivos de funcionarios a quienes no han participado en el mismo, pero ostenten un interés legítimo, o que se admita la posibilidad de impugnación de quienes habiendo participado en un ejercicio impugnan el proceso selectivo por hacerlo de un requisito o presupuesto general que al final le impediría la adjudicación de una plaza en el mismo ( Sentencia de este Tribunal de 4 de Diciembre de 1990 ), no parece irrazonable reducir en principio la legitimación procesal para la impugnación de los procesos selectivos a quienes participan en los mismos, o intentan participar sin éxito en ellos por impedirse los requisitos de la convocatoria".*

...

*En su condición de aspirante interesado en cubrir una de las plazas convocadas, o en su condición de funcionario que interina o temporalmente la cubre, entendemos que el hoy apelante únicamente podría invocar en su favor el artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de 12 de Abril , que aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público (hoy del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de Octubre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), precisamente para todo lo contrario para lo que lo hace, es decir tendría acción para reclamar la ejecución de las Ofertas de Empleo Público en plazo, y es así dado que ese precepto cumple con la finalidad*



de terminar con la temporalidad en el **empleo público**. Sin embargo, entendemos que carece de acción con base en ese precepto para impugnar Convocatorias por estar eventualmente caducadas las **Ofertas de Empleo Público** en que las mismas se amparan, consolidando una situación de primacía de los interinos (al margen de los principios de igualdad, mérito y capacidad) respecto a los aspirantes a acceder a la **función pública**."

Similar solución se alcanza en la Sentencia de 2 de diciembre de 2016, recurso 261/2015.

**CUARTO.-** Asimismo en nuestra sentencia de 16 de febrero de 2018 (recurso 572/2016), citando también otras anteriores, argumentábamos con carácter de a mayor abundamiento que efectivamente la ejecución de la **oferta de empleo público** o instrumento similar debe desarrollarse dentro del improrrogable plazo de **tres años**, sin que las Administraciones puedan ejecutarlas una vez transcurrido dicho plazo, pues ello determinaría su contrariedad a derecho y su subsiguiente "anulación" ya que tales **Ofertas de Empleo Público**, superado el plazo indicado sin haberse llevado a completo término, deben entenderse caducadas. Se razonaba a continuación que los vicios de nulidad de pleno derecho son, en nuestro ordenamiento jurídico, de carácter tasado y por ello de interpretación restrictiva, mientras que en el caso que hoy nos ocupa, referido al incumplimiento del plazo de **tres años** de que se viene haciendo mención, en cuanto plazo esencial e improrrogable que así lo impone, el vicio apreciable es de anulabilidad, (en este sentido véanse artículo 93.3 de la Ley 30/1992 y 48.3 de la Ley 39/2015). Cerrábamos el argumento indicando que las actuaciones de la Administración en que concurra un vicio de anulabilidad, como sería el caso insistimos, son convalidables ( artículo 67 de la Ley 30/1992 y 52 de la Ley 39/2015). La convalidación opera respecto de actuaciones anteriores en las que, advirtiéndose un vicio o irregularidad constitutivo de anulabilidad, se pretende solventar el mismo por un acto, el de convalidación, necesariamente posterior. Pero es que, además, son razones de mínima equidad, a la que alude el artículo 3 de nuestro Código Civil como referente de ponderación a la hora de aplicar las normas, las que podrían justificar que se acuda al mecanismo de la convalidación en un supuesto como el analizado pues con ello se trata de evitar los perjuicios, ciertamente graves y considerables, que, de no haberse actuado de dicha manera, se podrían ocasionar a aquellos aspirantes que están participando en el proceso selectivo de cuya convalidación se trata que podrían ver como, por una actuación completamente al margen de su voluntad, se ven frustradas sus expectativas, tras **años** posiblemente de esfuerzos y estudio, de acceder a una de las plazas convocadas.

**QUINTO.-** En definitiva, no existe litispendencia, pues los efectos de la Sentencia invocada por el demandante, para el caso de obtener firmeza, serán los que en ejecución de la misma se determinen, desde la fecha de dicha firmeza. No cabe duda de que los efectos de la sentencia no afectarán, por ejemplo, a la validez y eficacia de la labor funcional desempeñada por quienes obtuvieron plaza en las aludidas convocatorias, por lo que el efecto del cese de quien ocupaba interinamente la plaza es asimismo inevitable, por razón de pasar a ocupar la misma quien tenía nombramiento de carrera, sin que exista una expectativa del interino cesado a volver a ocupar la misma de quedar nuevamente vacante, misma conclusión que también alcanzamos en la Sentencia ya citada de 4 de julio de 2018 (apelación 11/2018), en un supuesto idéntico al presente.

Y por las mismas razones no compartimos que exista relación alguna entre el respeto a la periodicidad de las **ofertas públicas de empleo** y la validez de los nombramientos de funcionarios interinos por periodo superior a **tres años**, no existiendo razones jurídicas ni lógicas para tachar de fraudulentos dichos nombramientos, ni existiendo previsión legal que ordene el cese inmediato y automático de los así nombrados una vez alcanzado el supuesto plazo máximo de duración. El demandante presupone el carácter fraudulento de su contratación del dato de la duración temporal de su relación, dato insuficiente para ello.

**SEXTO.-** Independientemente de lo hasta ahora argumentado, y en cuanto a la petición de considerar a todos los efectos como indefinida no fija la relación de servicios que le vincula con la Administración con efectos desde su nombramiento, con abono de las retribuciones dejadas de percibir desde el cese, la misma carece de justificación.

La doctrina jurisprudencial que cita el demandante se refiere a aquellos nombramientos de personal eventual sin ocupar puesto en la plantilla del órgano, por razones de urgente necesidad u otras situaciones especiales, en cuyo caso y siempre que se hubiera acreditado que se trataba de contrataciones simuladas y en fraude, se declaraba el derecho del trabajador a continuar como indefinido no fijo. Por el contrario en este caso el demandante nunca tuvo la consideración de eventual, sino de funcionario interino, ocupando provisionalmente una plaza concreta.

La conclusión a la que llega el apelante, de que no puede ningún trabajador temporal permanecer en situación de interinidad más de **tres años**, no es cierta, ni tiene apoyo normativo o jurisprudencial. Lo que existen son soluciones jurisprudenciales a casos de contrataciones eventuales fraudulentas, o el reconocimiento a los funcionarios temporales -mientras lo son- del derecho a igual trato que los funcionarios de carrera, y así por ejemplo se ha llegado a reconocer el derecho de los interinos a percibir trienios, recibir formación etc., pero



sin que este derecho a la igualdad de trato comprometa la naturaleza temporal del vínculo e impida finalizarlo cuando concurra una causa legal.

La Sentencia del Tribunal de la UE de 14 de septiembre de 2016 (C 184/15 y C 197/15) es inaplicable en este caso, pues la misma se refiere a la existencia o inexistencia de remedios en la legislación nacional en el supuesto de utilización abusiva de *sucesivos contratos de duración determinada*, en los casos en los que un tribunal nacional ha apreciado que dichos contratos sucesivos se han concertado fraudulentamente, siendo así que en el caso que nos ocupa ni existe declaración judicial apreciando contratación fraudulenta, ni evidentemente, pluralidad de contratos sucesivos.

La Sentencia del mismo Tribunal y fecha (C-596/14) es asimismo inaplicable pues ni el aquí actor concertó un contrato de interinidad laboral, ni lo que reclamó en su demanda era el derecho a ser indemnizado a su finalización, diferencias esenciales, pues el patrón de comparación utilizado en ese caso por el Tribunal Europeo fue el de los trabajadores con un contrato de trabajo temporal y los trabajadores con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas. No solamente es distinta la situación analizada, sino también la pretensión deducida, pues el demandante no solicitó en el suplico de su demanda una indemnización, sino ser reinstaurado en el puesto de trabajo como si nunca hubiera sido cesado. Y ello sin olvidar que la doctrina más reciente del TJUE señala ( Sentencia de 5 de junio de 2018) que no se opone al Derecho de la Unión la normativa nacional que no prevé indemnización a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección para la cobertura definitiva del mismo.

**SEPTIMO.-** Al desestimarse el recurso procede condenar en costas a la demandante, conforme al artículo 139 LJCA, hasta el límite de 500 euros.

Vistos los anteriores y demás de general aplicación

#### **FALLAMOS.-**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Don Ovidio , contra la sentencia de 23 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 10 de Madrid en el procedimiento abreviado 39/2017, condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta instancia hasta un límite de 500 euros.

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 2581-0000-85-0025-18 (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 2581-0000-85-0025-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. 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.