



Roj: **STSJ GAL 364/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:364**

Id Cendoj: **15030330012019100024**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2019**

Nº de Recurso: **375/2018**

Nº de Resolución: **29/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES RIVERA FRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00029/2019

Ponente: Doña María Dolores Rivera Frade

Recurso de Apelación número 375/2018

Apelante: Fermín

Apelada: Servizo Galego de Saúde

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la **SENTENCIA**

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Fernando Seoane Pesqueira, presidente

Doña Blanca María Fernández Conde

Doña María Dolores Rivera Frade

En la ciudad de A Coruña, a 23 de enero de 2019.

En el recurso de apelación 375/2018 de esta Sala, interpuesto por Don Fermín , representado por la procuradora Doña Belén Casal Barbeito y dirigido por el letrado Don Fabián Valero Moldes, contra sentencia de fecha 11 de julio de 2018 dictada en el procedimiento abreviado 261/2017 por el Juzgado de lo contencioso administrativo número 1 de los de Ourense , sobre acceso función pública. Es parte apelada el Servizo Galego de Saúde, representado y dirigido por el letrado del SERGAS.

Es Ponente la Ilma. Sra. Doña María Dolores Rivera Frade.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Fermín contra la resolución de 16 de enero de 2018 de la Directora Xeral de Recursos Humanos del Sergas desestimatoria del recurso de alzada formulado frente a la resolución de 3 de mayo de 2017 de la Xerencia de Xestión Integrada (EOXI) de Ourense, Verín e o Barco de Valdeorras del Servizo Galego de Saúde de la Xunta de Galicia (SERGAS), que a su vez desestimó su solicitud de reconocimiento de la condición de "personal indefinido no fijo" en dicha Administración (expte. NUM000)".



SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida en lo que se contradiga con lo que se pasa a exponer:

PRIMERO .- **Objetodel recurso de apelación, y motivos en los que sustenta:**

Don Fermín recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Ourense en los autos de procedimiento abreviado número 261/2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo presentado contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Xerencia de Xestión Integrada de Ourense, Verín e o Barco de Valdeorras, de 3 de mayo de 2017, desestimatoria de la reclamación formulada por el actor sobre reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo del Sergas.

En la sentencia de instancia se desestima el recurso, basándose para ello el juzgador de instancia en que en el concreto supuesto analizado, el Sergas ha actuado con total corrección, pues conforme se constata en el historial de nombramientos del actor como personal estatutario temporal en la categoría de personal de servicios xerais (PSX), el primero lo fue en el Centro de Salud de A Veiga, que se produjo el 13 de agosto de 2012 (los anteriores no pueden calificarse de fraudulentos sin más, pues fueron en distintos y muy variados centros sanitarios). El 1 de septiembre de 2012 se le volvió a nombrar. Y su último nombramiento se produjo poco después, el 1 de enero de 2013. Al constar entonces que los servicios desempeñados por el recurrente en el Centro de Salud de A Veiga no atendían a una necesidad temporal, sino estructural, respecto de una plaza en situación de vacante, el Sergas procedió correctamente a calificar su vínculo como interino, vinculado a esa plaza en concreto, aplicando el mismo remedio que la jurisdicción contencioso-administrativa gallega viene imponiendo a los nombramientos temporales del Personal estatutario que responden a una necesidad estructural, y no de mera acumulación de tareas. Y lo hizo hace más de cuatro años, con la anuencia del propio recurrente, que no cuestionó entonces la recalificación de su nombramiento, pasando de "acumulación de tareas" a "interino".

Frente a este pronunciamiento judicial se alza el demandante en esta segunda instancia, interesando su revocación. En su recurso, además de invocar a su favor la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 14 septiembre 2016, y sentencias de Tribunales nacionales que la siguen, y después de reflejar en la alegación tercera una serie de consideraciones a través de las cuales explica la razones por las que no ha aprovechado el ofrecimiento realizado por el juzgador *a quo* para ampliar el suplico de la demanda solicitando la condena de la Administración a convocar las oposiciones en un plazo determinado, y después también de reflejar su postura discrepante con la afirmación efectuada por el juez de instancia de que el actor disfruta de los mismos derechos que ostenta el Personal estatutario fijo en cuanto a condiciones laborales y retributivas, concluye, en cuanto a la verdadera cuestión que se somete a debate en el procedimiento, en que en el presente caso nos encontramos ante un nombramiento interino inusualmente largo, que supera notablemente los plazos máximos legalmente establecidos para su duración, por lo que a su juicio, el vínculo que le mantiene con el Sergas debe ser declarado como indefinido no fijo, citando a su favor lo resuelto por esta Sala en la sentencia de 11 de julio de 2018, en el recurso apelación 84/2018 .

Por su parte, los servicios jurídicos del Sergas se oponen al recurso de apelación interesando la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO .- **Sobre el nombramiento del actor como personal indefinido no fijo del Sergas. Desestimación:**

La cuestión sometida a debate en esta litis se centra en comprobar si el actor merece el reconocimiento de su condición personal indefinido no fijo del Sergas, y la respuesta ha de ser negativa, coincidiendo con la adoptada por el juez de instancia, por las razones que se pasan a exponer:

En primer lugar, porque la doctrina en la que pretende ampararse el apelante, sentada por el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15 , ha sido matizada por el Tribunal supremo en la sentencia 3250/2018, de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación número 785/2017), y sobre todo porque lo relevante en este procedimiento, que lo hace diferente tanto del resuelto por el TJUE como del resuelto por el Tribunal Supremo, es que el actor ha adquirido la condición de Personal interino del Sergas vinculado a una plaza concreta, que ocupa por estar vacante, y lo será mientras no sea cubierta por los procedimientos legalmente establecidos, en virtud de nombramiento que tuvo lugar en el año 2013.



De tal manera, no es aplicable la doctrina que se recoge en la sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/2016), en la que se dice que incumbe al juzgado examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo con un contrato fijo, pues lo que solicita en este caso el recurrente no es la recalificación de su nombramiento como de personal fijo, sino el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo.

El régimen de mayor estabilidad de su relación estatutaria rige desde que tuvo lugar su nombramiento de interinidad en plaza vacante, pues solo podrá ser cesado en los supuestos de amortización o cuando se provea a través de los procedimientos legalmente establecidos.

Tampoco es de aplicación el criterio que se recoge en la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2018, pues en ella se entendió que a pesar de que las recurrentes en aquel procedimiento se habían visto favorecidas por un nombramiento de interinidad (como sucede ahora con el apelante) no se había producido una pérdida sobrevenida del objeto. Pero este pronunciamiento se hizo valorando las consecuencias indemnizatorias a las que podría dar lugar el cese de las recurrentes al amparo de los pronunciamientos del TJUE (Sentencia de 14 de septiembre de 2016 asunto de Diego **Porras** C-596/2014, matizada en la más reciente de 5 de junio de 2018 asunto C-574/16, Grupo Norte Facility, y C-677/16, Lucía **Montero Mateos**).

Y resulta que este pronunciamiento ha de ser matizado a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 785/2017), según la cual no procede reconocer derecho indemnizatorio alguno distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, descartando la posibilidad de reconocer un derecho indemnizatorio de futuro.

Por todo ello el recurso de apelación ha de ser desestimado, y la sentencia de instancia confirmada.

TERCERO .- Imposición de costas:

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no procede hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia, coincidiendo con el criterio al que se acogió el juez *a quo* para no imponerlas en la primera instancia, y sobre todo teniendo en cuenta que cuando se dictó la sentencia objeto de apelación estaba pendiente de resolver el recurso de casación resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de septiembre de 2018 recaída en el recurso de casación 785/2017.

FALLAMOS

que con **desestimación del recurso de apelación** interpuesto por los servicios jurídicos del Sergas contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Ourense de 11 de julio de 2018, en autos de Procedimiento abreviado número 261/2017, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la misma.

Sin hacer pronunciamiento de costas en la segunda instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0375-18), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.