

Roj: **ATS 5070/2017 - ECLI: ES:TS:2017:5070A**Id Cendoj: **28079130012017201003**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/05/2017**Nº de Recurso: **785/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 30 de mayo de 2017

HECHOS

PRIMERO.- Por resolución de 16 de septiembre de 2012 del Director Gerente de la Comarca de Uribe del Departamento de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco, se comunicó a Dña. Silvia la extinción de su nombramiento como personal estatutario de carácter eventual con efectos a fecha de 1 de octubre de 2012. Interpuesto recurso de alzada contra dicha resolución, éste se desestimó por silencio administrativo. La recurrente había prestado servicios en el Servicio Vasco de Salud/Osakidetza como personal estatutario de carácter eventual en calidad de auxiliar administrativo, si bien existe discrepancia entre las partes sobre las fechas de los sucesivos nombramientos, que, no obstante, se detallan en el fundamento de derecho primero del auto de la Sala de instancia, de 9 de marzo de 2015, en el que decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao dictó sentencia el 30 de julio de 2013 desestimatoria del recurso interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de alzada (procedimiento abreviado núm. 77/2013). Sin embargo, por sentencia de 12 de diciembre de 2016 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Tercera) se estimó el recurso de apelación (núm. 625/2013), previo planteamiento de aquellas dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En su sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), *Silvia c. Servicio Vasco de Salud y Juan Carlos Castrejana López c. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz*, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

"1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y



de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión".

A consecuencia de ello, la sentencia contra la que se prepara este recurso de casación razonó lo siguiente:

"[...] el Auto de 9 de marzo de 2015 mediante el que se planteó la Cuestión Prejudicial muestra en su Razonamiento Jurídico Cuarto la valoración que la Sala efectúa respecto de la sucesión de nombramientos de que ha sido objeto la apelante desde el 2 de febrero de 2010 concluyendo con que ha sido abusiva, contraria a derecho.

(...) la respuesta, tan concreta en este caso que prácticamente lo deja resuelto, que proporciona el Tribunal de Justicia de la Unión en la Sentencia antes referida y a cuyo texto nos remitimos pero que podemos resumir en que, en efecto, la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza.

Cuestión distinta es la respuesta a la reclamación de daños y perjuicios que se demandaba y es que con independencia de que sea este el proceso adecuado para su reclamación, tal y como expone el Tribunal de Justicia de la Unión, lo cierto es que para ello hubiese resultado imprescindible que en la demanda se concretasen tales daños y perjuicios para así poder ser objeto de plena contradicción por la demandada, en suma, es en el plenario y no en ejecución -como pretendía la actora- donde han de quedar determinados tales daños y perjuicios.

Así lo exigen además los arts. 219 de la LEC claramente y el 67 de la LJ al imponer que sea en la Sentencia donde se resuelva sobre las cuestiones planteadas -y la indemnización de daños y perjuicios está entre ellas-.

En resumen, la apelante continuará vinculada a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá la interesada la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del Auto antes citado se infiere que la actora fue nombrada sin atender a los límites objetivos que configuran el nombramiento de naturaleza temporal".

TERCERO.- El Fallo de esa sentencia de 12 de diciembre de 2016 estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado y anuló el cese de que fue objeto la recurrente, condenando a la demandada a considerar a todos los efectos como indefinida no fija la relación de servicios que les vinculaba desde el 2 de febrero de 2010.

CUARTO.- La representación procesal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud ha preparado recurso de casación en cuyo escrito, después de cumplir las otras exigencias que impone el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), argumenta:

-La sentencia recurrida infringe cuatro normas: 1ª. El artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud -EMPE-, por cuanto el régimen jurídico del personal estatutario eventual se rige por dicha norma y no cabe asimilar el personal estatutario al personal contratado de duración determinada de carácter laboral. Los principios y criterios que informan la ordenación del régimen estatutario aplicable al personal de los servicios públicos de salud del Estado Español, deben considerarse como los elementos que impiden efectuar el juicio de similitud entre los contratos o relaciones laborales de duración determinada y el personal estatutario de carácter eventual. 2ª. El artículo 2.2 EMPE, que establece como derecho supletorio en materia de personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente, sin que por lo tanto resulte de aplicación la normativa laboral. Tal norma se infringe en dos sentidos: al convertir una relación estatutaria en relación laboral; y al establecer que en el momento del cese se tendrá derecho a una indemnización, como si se tratara de la extinción de una relación laboral. 3ª. 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 -EBEP-, en la medida en que del mismo se deriva que la normativa laboral no resulta de aplicación supletoria al personal estatutario. 4ª. El artículo 135 de la Constitución Española -CE-, toda vez que la creación de plazas estructurales en la plantilla del centro está impedida por las medidas de contención del déficit público.

-El recurso presenta, añade, interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. A tal fin, invoca primero el supuesto previsto en el artículo 88.3.a) de la LJCA, afirmando que en la sentencia recurrida se han aplicado normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia, pues la antigua regulación del recurso de casación no permitía el acceso a dicho recurso de cuestiones relacionadas



con el personal estatutario eventual y, en general, con los nombramientos temporales en las Administraciones Públicas. E invoca después los supuestos previstos en las letras a), b), c) y f) del artículo 88.2 de dicha ley, afirmando que la postura contraria a la de la sentencia recurrida se encuentra en la sentencia del TSJ de Castilla y León de 24 de febrero de 2010 (dictada en el recurso 651/2009), y en las del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2016 (recurso 679/2015) y 29 de marzo de 2016 (recurso 531/2015), así como, en lo que hace al derecho de indemnización, en la del TSJ de Madrid de 7 de octubre de 2016 (recurso de apelación 82/2016); que la doctrina de aquélla, que crea la figura del indefinido no fijo, tiene graves consecuencias económicas, produciendo grave daño para los intereses generales desde la óptica de la estabilidad presupuestaria y de mantenimiento del déficit público, en conexión con las tasas de reposición establecidas en este marco para las Administraciones Públicas; que una situación similar de nombramientos temporales de una duración de 2 años y 5 meses que finalmente no se renueva se produce de forma habitual en todos los Servicios de Salud españoles; y que se ha aplicado el Derecho de la Unión Europea en contradicción con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016, dictada en el asunto C-16/15, según resulta de sus fundamentos 66 y 68.

QUINTO.- Por auto de 1 de febrero de 2017, la Sala sentenciadora tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo. Se han personado en tiempo y forma el recurrente, Osakidetza/Servicio Vasco de Salud, y la recurrida, Dña. Silvia, que no formula oposición.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Cumplidas en el escrito de preparación las otras exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA, hemos de resaltar ahora que los detallados argumentos que expone la parte recurrente respecto de las normas infringidas y los supuestos de interés casacional concurrentes (cuyo resumen se ha reflejado en el antecedente de hecho cuarto de este auto), llevan a la Sección de Admisión a entender que, en efecto, presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las cuestiones siguientes:

1ª. 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.

2ª. 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.

Asimismo, identificamos 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.

SEGUNDO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Cuarta de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

La Sección de Admisión acuerda:

Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Osakidetza/Servicio Vasco de Salud contra la sentencia de 12 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el recurso de apelación núm. 625/2013.



Segundo. Precisar que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1ª. 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.

2ª. 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.

Tercero. Identificar 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.

Cuarto. Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comuníquese inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Octavio Juan Herrero Pina D. Eduardo Calvo Rojas D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D. Diego Cordoba Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Jesus Cudero Blas