



Roj: **ATS 13128/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:13128A**

Id Cendoj: **28079130012018202172**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **1868/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 4094/2017,**
ATS 13128/2018,
AATS 2223/2019

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 10/12/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1868/2018

Materia: FUNCION PUBLICA Y PERSONAL

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: DPP

Nota:

R. CASACION núm.: 1868/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María del Pilar Teso Gamella

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez-Picazo Gimenez, presidente



D. Rafael Fernandez Valverde

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D^a. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 10 de diciembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO. - Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 19 de octubre de 2016 del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, que desestima la reclamación presentada por los actores para que se les reconociese la condición de personal indefinido no fijo del servicio castellano aragonés de salud, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Valladolid, dictó sentencia desestimatoria del recurso.

SEGUNDO. Frente a dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación que fue resuelto mediante sentencia núm. 1445/2017, de 22 de diciembre, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del Castilla y León, con sede en Valladolid, recaída en el recurso de apelación 485/2017, mediante la que se estima el recurso, revocando la sentencia de instancia y estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto en el sentido de, anular el acto recurrido en la instancia y reconocer el derecho de los actores a ser considerados personal indefinido no fijo del SACyL a los efectos de reconocerles la indemnización que proceda en el sentido expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Sentencia.

La sentencia recurrida, tras expresar los principales razonamientos de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia y dar respuesta a algunas de las alegaciones efectuadas por la Administración apelada, analiza en los fundamentos de derecho quinto y sexto, la existencia o no de fraude en la contratación, llegando a la conclusión de una situación de abuso de la contratación temporal y un fraude en los términos en que lo describe el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ello por cuanto se ha acudido a la contratación temporal para satisfacer necesidades permanentes (las correspondientes a las plazas del personal de Área), manteniéndose esa situación en el tiempo de manera injustificada.

Las consecuencias que se anudan a esa situación de abuso declarada, se contienen en el fundamento de derecho séptimo, en el cual se indica: " *Las consecuencias deben ser disuasorias y proporcionadas a la infracción cometida, conforme a la jurisprudencia europea citada, cumpliendo tales finalidades el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo que interesaban los apelantes en su demanda.*

Con ello, no se están desconociendo los principios de mérito y capacidad que rigen la selección del personal que presta sus servicios en la Administración Pública, ni tampoco se están desconociendo la potestad de autoorganización de la Administración en relación a tales plazas, que desde luego puede amortizar, si concurren motivos para ello, y puede y debe igualmente cubrir de manera definitiva.

Por otro lado, no consta ninguna otra solución a la situación de abuso y lo cierto es que la figura del trabajador indefinido no fijo tiene su respaldo en la normativa laboral. (...)

Por lo tanto, el reconocimiento de esa condición de personal indefinido no fijo lo es a los efectos de reconocer a los actores la indemnización correspondiente en caso de cese.

A estos efectos, la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017 (rec. 1717/2015) con cita de la anterior del Pleno de 28 de marzo de 2017 dictada en el recurso para unificación de doctrina (rcud. 1664/2015) señala que la indemnización a percibir en estos casos es la correspondiente a veinte días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades, que es lo solicitado por el apelante, lo que nos lleva a la íntegra estimación del recurso de apelación interpuesto".

TERCERO. La Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León ha preparado recurso de casación en el que, después de cumplir en debida forma las exigencias que impone el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [LJCA], afirma que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, invocando a tal fin lo siguiente.

En primer lugar, se aduce la vulneración del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud y el artículo 22 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León, cuyas previsiones son equivalentes a las del Estatuto Marco; el artículo 70 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; las Cláusulas Cuarta y



Quinta de 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, en aplicación de la interpretación que hace la STJUE, asunto 596-14, sobre trabajo de duración determinada, en relación con la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Pérez López 16/15).

Indica que la sentencia, aplica incorrectamente (por la vía de dejarlo inaplicado) las previsiones del artículo 9.2 de la Ley 55/2003, que en el ámbito autonómico encuentra su equivalente en el artículo 22 de la Ley 2/2007, ya que, no puede afirmarse que no acordar el cese transcurrido un plazo (indeterminado y por ello falto de seguridad jurídica) constituye un abuso, pues ello es tanto como afirmar que la actuación de la administración conforme a lo dispuesto en una disposición legal que delimita cuando, en que momento y porqué circunstancias puede acordarse el cese de personal estatutario interino, constituye un abuso que debe ser sancionado.

Sobre el artículo 70 del EBEP refiere que, el hecho de que haya transcurrido determinado tiempo sin que las plazas se hayan cubierto por personal estatutario fijo, bien mediante concurso de traslados, bien mediante el nombramiento de personal de nuevo ingreso, no puede conllevar la modificación de la naturaleza jurídica del vínculo de estatutario interino a la categoría, exclusivamente laboral, de indefinido no fijo de plantilla aun cuando tal transformación se disponga a los solos efectos de prever como sanción una indemnización que resulta improcedente, ello porque la propia sentencia da cuenta de la existencia de litigios diversos tanto en cuanto a procedimientos de provisión de puestos como en cuanto a procedimientos selectivos de las categorías de médico de familia y enfermería, lo que significa que la Administración, dentro de las limitaciones que han operado desde el año 2008 hasta la actualidad, sí ha venido ofertando plazas de tales categorías en la oferta de empleo público y ha cumplido con su obligación de convocar los procedimientos selectivos, pero ello no comporta o no significa, como ya manifestó la resolución impugnada en origen en un razonamiento que no encuentra respuesta, que las plazas que se incluyan en un concurso de traslados o en un procedimiento selectivo necesariamente vayan a cubrirse por personal fijo, pues pueden no solicitarse en el concurso por quien ya es empleado fijo o pueden quedar desiertas en el proceso selectivo, de modo que no concurriendo la causa que permite acordar el cese del nombramiento de personal interino la Administración no está legitimada para extinguir un nombramiento pese al transcurso del tiempo.

Explica que, la sentencia aboca a la Administración a planificar sus recursos humanos no en términos de eficacia y eficiencia sino atendiendo a lapsos temporales, con independencia de que pueda aparecer como necesario o preferente la cobertura de otros puestos de trabajo e incluso aboca a la Administración a una suerte de prueba diabólica, de modo que en procedimientos como el que nos ocupa debiera desplegarse una desmesurada actividad probatoria en cuanto a la suficiencia y legalidad de la oferta de empleo público durante el periodo de vigencia del nombramiento interino, la convocatoria del número de plazas ofertadas y la posterior selección de los ya concretos puestos de trabajo que fueron objeto de cobertura motivando el criterio que determinó la decisión del por qué esos puestos y no otros.

Significa que, la sentencia no puede dejar de reconocer que la figura del trabajador indefinido no fijo tiene su respaldo en la normativa laboral y no existe en el derecho administrativo pero, consciente de que no se prevé en la Ley 55/2003 - ni en la Ley autonómica 2/2007 - indemnización alguna para el personal estatutario cuando cesa en un nombramiento de interinidad se reconoce tal condición como una ficción legal que sólo tendrá virtualidad en el hipotético momento del cese y a los efectos indemnizatorios apelando a los principios de efectividad y equivalencia.

En particular, dice que se infringen las cláusulas 4 y 5 de la Directiva y la sentencia de 14 de septiembre de 2016, caso Pérez López 16/15) pues, pese a que la resolución dictada en apelación dice tenerla en cuenta, en la misma nos encontramos con una transcripción meramente parcial que se abandona en un punto crucial y determinante del pronunciamiento para pasar a transcribir la Sentencia dictada en los asuntos acumulados 184/15 y 197/15.

Concluye que, situados en el derecho interno y atendiendo al principio de no discriminación la conclusión conforme a derecho sólo puede ser que al contrario de lo que ocurre en el ámbito laboral, no existe indemnización alguna en los supuestos de extinción del vínculo de los funcionarios de carrera ni del personal estatutario fijo (artículos 9 y 63 EBEP y artículos 8 y 21 EM).

En segundo lugar, se invoca que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la base de los artículos 88.2.a), 88.2.c), 88.2. f) y 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [LJCA], indicando que, ha de darse respuesta a la cuestión relativa a si el personal vinculado a la Administración en virtud de un nombramiento de personal estatutario interino, originado por una causa objetiva, en función de la duración de dicho nombramiento como personal estatutario interino tiene derecho ser considerado personal indefinido no fijo a los efectos de



reconocerle en caso de cese la indemnización correspondiente a veinte días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades.

Justifica la anterior cuestión en que, los asuntos ya admitidos a trámite por ese Tribunal Supremo, parten de la efectiva constatación de la concurrencia de una situación de abuso, pero en este caso el pronunciamiento debe dar un paso atrás a los efectos de establecer, sin perjuicio de la posterior aplicación a los casos particulares, unos criterios mínimos que permitan dotar la cuestión que nos ocupa de una necesaria e imprescindible seguridad jurídica dando respuesta a cuestiones tales como si cabe constatar un abuso por el mero paso del tiempo, en su caso qué lapso temporal permite apreciar ese abuso o si basta el encadenamiento de dos o más nombramientos para apreciar abuso sin necesidad de atender a las causas del nombramiento.

Finalmente pone de relieve que, la sentencia que nos ocupa, pone sobre la mesa no la cuestión de si es aplicable o no una figura de creación jurisprudencial del ámbito social, sino la posibilidad de aplicar en el ámbito administrativo y a las relaciones estatutarias una norma positiva y vigente, a saber, la previsión del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, por no existir norma equivalente en el derecho administrativo que rige las relaciones estatutarias.

CUARTO. - Por auto de 8 de marzo de 2018, el órgano jurisdiccional de instancia 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 la representación procesal de la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en calidad de recurrente y el procurador don Jorge Rodríguez-Monsalve Garrigos, en nombre y representación de Dña. Rosario y otros, en calidad de parte recurrida, si bien no formula oposición.

Es Magistrado Ponente Maria del Pilar Teso Gamella, .

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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 llevan a la Sección de Admisión a entender que, en efecto, presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la cuestión siguiente:

Si a tenor de los pronunciamientos que se realizan en las recientes sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal estatutario interino de los servicios de salud y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuales son las consecuencias que se derivan de la misma.

Cabe destacar que, en los recursos a los que se ha hecho referencia, mediante autos de fechas 30 de mayo y 13 de junio de 2017 se había admitido como cuestión de interés casacional, si bien nos referimos en concreto al primero de ellos, recurso de casación 785/2017, por similitud con la que ahora se enjuicia, la siguiente:

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 184/15 y 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.

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.

Pues bien, sobre lo anterior, se pronuncian las sentencias citadas, en particular la dictada en el recurso de casación 785/2017, en la que se dice, para resolver la primera cuestión que:

"Ante aquella constatación, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud .

El estudio cuya realización impone esa norma, debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por ese personal, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos



fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas".

Sobre la segunda cuestión, se afirma que:

"El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público".

Tales pronunciamientos, a la vista de los términos en que se prepara el recurso de casación que ahora nos ocupa, justifica también la admisión del presente recurso de casación.

SEGUNDO. - Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia núm. 1445/2017, de 22 de diciembre, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del Castilla y León, con sede en Valladolid, recaída en el recurso de apelación 485/2017.

Este recurso de casación plantea una cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, a saber si a tenor de los pronunciamientos que se realizan en las recientes sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal estatutario interino de los servicios de salud y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuales son las consecuencias que se derivan de la misma.

Asimismo, identificamos como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 2.2, 9.3 y 37.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud; el artículo 2.3 y 70.1 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. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

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

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 1868/2018.

La Sección de Admisión

acuerda:

Primero. - Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia núm. 1445/2017, de 22 de diciembre, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del Castilla y León, con sede en Valladolid, recaída en el recurso de apelación 485/2017.

Segundo. - Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si a tenor de los pronunciamientos que se realizan en las recientes sentencias de esta Sala de fechas 26 de septiembre de 2018 (recursos de casación 785/2017 y 1305/2017), puede considerarse, o no, que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos del personal estatutario interino de los servicios de salud y, en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuales son las consecuencias que se derivan de la misma.

Tercero. - Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 2.2, 9.3 y 37.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los



Servicios de Salud; el artículo 2.3 y 70.1 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. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

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 María Díez-Picazo Giménez

D. Rafael Fernández Valverde D^a María del Pilar Teso Gamella

D. José Antonio Montero Fernández D. José María del Riego Valledor

D^a Inés Huerta Garicano

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ