



Roj: **STS 4693/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4693**

Id Cendoj: **28079130042021100409**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/12/2021**

Nº de Recurso: **7467/2018**

Nº de Resolución: **1511/2021**

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

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 2702/2018,**
ATS 1194/2021,
STS 4693/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.511/2021

Fecha de sentencia: 16/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7467/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 7467/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1511/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 16 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 7467/2018, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada y defendida por Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2018 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el recurso de apelación núm. 200/2018, sobre cese de personal estatutario sanitario -enfermería- de carácter interino.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, doña Herminia, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Hernández González y defendida por el Letrado don Abel Sánchez Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, Sección Primera, se ha seguido el recurso de apelación núm. 200/2018 interpuesto por la representación procesal de doña Herminia contra la sentencia que había sido dictada el 9 de febrero de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Salamanca, en el procedimiento abreviado núm. 20/2017, donde se impugnaba la resolución de 15 de noviembre de 2016 del Gerente de Atención Primaria de Salamanca (por delegación del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud), por el que se acuerda el cese de la recurrente en su puesto de trabajo de enfermera adscrita al Centro de Salud de Ledesma.

SEGUNDO.- La sentencia recaída en el proceso de instancia resolvió:

"Estimo la demanda interpuesta por el Letrado D. Abel Sánchez Martín en nombre y representación de D^a Herminia contra la Resolución de 15 de noviembre de 2016 del Gerente de Atención Primaria de Salamanca (por delegación del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud), por el que se acuerda el cese de la recurrente en su puesto de trabajo de enfermera adscrita al centro de salud de Ledesma. Y debo declarar y declaro que la resolución impugnada no es totalmente conforme a derecho y procede condenar a la Administración demandada a que abone a la recurrente una indemnización de veinte días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades. Todo ello sin expresa imposición de costas".

Por su parte, la sentencia de apelación, de fecha 9 de julio de 2018, contiene el siguiente Fallo:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 24/18 de 13 de febrero del Juzgado de lo Contencioso- administrativo nº 1 de Salamanca, todo ello con imposición de costas a la parte apelante en la cuantía máxima por todos los conceptos, excluyendo el Impuesto sobre el Valor Añadido, de 1.000 euros."

TERCERO.- Contra la mentada sentencia se preparó recurso de casación ante la Sala de instancia, que ésta tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte ahora recurrente interpuso el citado recurso de casación.

CUARTO.- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de 28 de enero de 2021, se acordó lo siguiente:

"Segundo. - Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, a tenor de 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, cuáles 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 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud; el artículo 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; y 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



relación con la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso Pérez López (C-16/15). 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".

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 5 de abril de 2021, la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León solicita que "con íntegra estimación del presente Recurso de Casación, anule la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado, declare improcedente el reconocimiento del derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio con un límite de 12 mensualidades por aplicación del Estatuto de los Trabajadores".

SEXTO.- Mediante providencia de 29 de abril de 2021, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida que presenta escrito de oposición el 28 de mayo de 2021, en el que solicita se dicte sentencia totalmente desestimatoria del recurso de casación interpuesto de contrario.

SÉPTIMO.- Por providencia de 22 de julio de 2021 se señala para el día 13 de octubre de 2021, prolongándose la deliberación hasta el día 24 de noviembre del año en curso. Con fecha 14 de diciembre de 2021 la sentencia fue entregada para su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el día 9 de julio de 2018 en el recurso de apelación núm. 200/2018 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sede de Valladolid, interpuesto por la representación procesal de doña Herminia contra la sentencia que había sido dictada el 9 de febrero de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Salamanca, en el procedimiento abreviado núm. 20/2017, donde se impugnaba la resolución de 15 de noviembre de 2016 del Gerente de Atención Primaria de Salamanca (por delegación del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud), por el que se acuerda el cese de la recurrente en su puesto de trabajo de enfermera adscrita al Centro de Salud de Ledesma.

La sentencia de instancia consideraba que, aun no concurriendo las circunstancias que justificarían el pedimento principal de la demanda de declaración de nulidad de la resolución recurrida, en cuanto que considera que existe una causa de extinción del contrato de interinidad ajustada a Derecho al haberse provisto la plaza de enfermero de área que ocupa la actora, sí que concurren los presupuestos que justifican la indemnización postulada por considerar que la Administración había incurrido en una utilización abusiva de la relación laboral de carácter temporal, conforme a los razonamientos que expone y que dimanarían del contenido de la sentencia de la Sala de Valladolid de 22 de diciembre de 2017, recurso de apelación 485/2017, que invoca tres sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, todas ellas de 14 de septiembre de 2016, recaídas en los asuntos C-16/15 y los acumulados C-184/15 y C-197/15 y C-596/14. Fija, por ello, una indemnización de 20 días por año trabajado hasta un máximo de doce mensualidades, siguiendo así el criterio que la jurisdicción social emplea para indemnizar los despidos improcedentes.

La sentencia de apelación, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas concurrentes en el presente caso y las alegaciones de las partes, reafirma que se da tal situación de abuso en la contratación y, considerando válido el criterio indemnizatorio empleado por la sentencia recurrida, confirma el derecho a la indemnización y desestima el recurso con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15.

SEGUNDO.- El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 28 de enero de 2021 y consiste en determinar "si, a tenor de 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, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma".

TERCERO. En el escrito de interposición de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León plantea la existencia de dos vulneraciones del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, invoca como infringidos el artículo 92 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (EMPE), en relación con 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, así como 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 (EBEP).



En esencia se argumenta que las citadas normas legales no establecen un plazo dentro del cual los puestos de trabajo vacantes deban incluirse en la oferta pública de empleo, por lo que no pueden servir de base para sostener que la administración mantuvo vacante el puesto de trabajo ocupado por la demandante en régimen interino por más del tiempo legalmente establecido.

Comienza remarcando que en los casos en que nos encontremos ante una interinidad por vacante no es posible establecer que la Administración acude de forma abusiva a nombramientos de carácter temporal para cubrir necesidades permanentes o estructurales, puesto que se está ya ante plazas estructurales incluidas en la plantilla. Por ello la aplicación del artículo 9.2 de la Ley 55/2003 obliga a atender a la realidad y legalidad de la causa del nombramiento inicial, que no ha sido discutida, y, después, a la concurrencia o no de una causa legal para su extinción.

Continúa afirmando que el hecho de que existan nombramientos como personal de refuerzo anteriores al nacimiento de la relación de interinidad no puede impedir el anterior razonamiento puesto que no hay prueba de que esos nombramientos se hayan realizado en fraude de ley y era carga de quien lo alega su acreditación. Sin embargo, en este caso esos nombramientos no fueron objeto de análisis y por lo tanto no pueden tomarse en consideración para valorar la posible concurrencia de la situación de abuso.

En segundo término, se alega la vulneración las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE, en relación con la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (c- 16/15, casos Pérez López).

Se afirma que las sentencias dictadas por este Tribunal Supremo en los recursos de casación 785/2017 y 1305/2017 permiten afirmar que tanto el artículo 10 del EBEP como el artículo 9 del EMPE regulan de manera precisa los supuestos en que se pueden realizar un nombramiento temporal y las circunstancias en las que se pone de manifiesto que ese nombramiento puede llegar a ser incorrecto, regulándose mecanismos de control y la solución a los posibles abusos en la contratación temporal, sin que proceda la aplicación de la jurisprudencia social acordando la conversión del personal estatutario interino indefinido no fijo.

Alega que la infracción en que incurre la sentencia es clara puesto que no cabe establecer el derecho a una indemnización atendiendo al principio de no discriminación al no existir en el ámbito del Derecho Administrativo ninguna previsión relativa a que en los supuestos de extinción del vínculo de los funcionarios de carrera o del personal estatutario fijo sea procedente una indemnización. Cuestión distinta es que, constatado un abuso, no quepa negar que pueda proceder al reconocimiento de un derecho a indemnización, pero, en tal caso, deberían seguirse las directrices fijadas en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018, dictadas en los mencionados recursos de casación 785/2017 y 1305/2017. Resalta que en el caso concreto no se ha acudido a tales criterios, sino que directamente se ha aplicado una indemnización procedente del derecho laboral sin haber alegado ni acreditado daño o perjuicio alguno.

CUARTO.- En su escrito de oposición, la parte recurrida, comienza afirmando que la situación de abuso no descansa exclusivamente en la relación de carácter interino que comenzó el 1 de enero de 2009 sino que tanto la sentencia de instancia como la sentencia de apelación toman en consideración que quedó acreditado que la relación de carácter temporal comenzó el 1 de noviembre de 2002 y abarca tanto el período de tiempo en que fue enfermera con nombramiento de refuerzo como aquel otro, anterior, en que lo fue con nombramiento de interinidad. Por ello hay que atender a que la relación de carácter temporal se ha producido a través de sucesivos nombramientos para mantener una relación continuada cubriendo una plaza de carácter ordinario y permanente durante 14 años. La concatenación de nombramientos no responde a los requisitos legalmente establecidos para justificar una relación estatutaria de carácter temporal y es evidente que esa prestación de servicios no responde a razones de necesidad, urgencia o al desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, sino que se trata de encubrir la existencia de necesidades estructurales y permanentes.

Por todo ello, con cita de las sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (c-184/2017) y (c-16/15), y de 19 de marzo de 2020 (c-103 y 249/18), considera necesario que el abuso cometido deba de ser sancionado y corregido con una indemnización que no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para poder garantizar la cláusula 5 del Acuerdo marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una inaplicación absoluta de la doctrina fijada por el TJUE.

QUINTO.- La primera cuestión que debe ser analizada es la relativa a la posible existencia de abuso por parte de la administración y para alcanzar la conclusión correspondiente debemos atender tanto a la situación fáctica concurrente como a la normativa de aplicación.

1. La situación fáctica.



De los datos existentes en el proceso de la instancia y en el expediente administrativo, particularmente en la hoja de servicios prestados, se desprende que desde el 11 de noviembre de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2008 doña Herminia desempeñó funciones de su condición de enfermera, estableciéndose la relación laboral a través de diversos nombramientos de personal estatutario temporal (de carácter eventual y de sustitución), caracterizándose por ser de muy diversa duración -de días a pocos meses-, en diversos centros de trabajo, y por no ser nombramientos sucesivamente encadenados. Después, el 1 de diciembre de 2009, recibió un nombramiento temporal, esta vez de carácter interino por ocasión de vacante, desempeñando las funciones de enfermera que le son propias en el mismo Centro de Salud de Lumbrales hasta el 15 de noviembre de 2016, momento en que fue dictado el acto de cese impugnado en la instancia.

2. La normativa de aplicación.

La cláusula 5ª del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada que incorpora la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, regula las "*Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva*" y dispone que:

"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido."

En nuestra reciente sentencia nº 1401/2021, de 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018), dictada en un asunto idéntico al que es objeto de este recurso de casación y analizando esta cláusula hemos dicho lo siguiente:

"QUINTO. Antes de examinar las cuestiones suscitadas en este recurso de casación, es conveniente hacer algunas breves consideraciones sobre la disposición de la Unión Europea que está en el origen del litigio: el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado al Derecho europeo mediante la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

De entrada, ninguna de las partes discute que el Acuerdo Marco es, en principio, aplicable al empleo público, tanto de naturaleza laboral como de naturaleza estatutaria. Ello es absolutamente claro a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Acuerdo Marco contempla tres tipos de acciones o, más exactamente, tres tipos de objetivos a alcanzar: un principio de no discriminación entre trabajadores fijos y trabajadores no fijos (cláusula 4), la adopción de medidas tendentes a evitar la utilización abusiva del trabajo de duración determinada (cláusula 5) y la facilitación de información, oportunidades y consulta (cláusulas 6 y 7). Lo relativo a la utilización abusiva de las relaciones de servicio de duración determinada o no fijas se halla, como acaba de verse, en la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Pues bien, dicha cláusula 5 tiene como finalidad, en sus propias palabras, "prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada"; y para lograr esta finalidad exige que los Estados miembros adopten una o varias medidas (razones objetivas que justifiquen la renovación de la relación laboral de duración determinada, duración máxima total esas relaciones sucesivas, número posible de sucesivas renovaciones). También contempla la posibilidad de que, en lugar de las mencionadas, los Estados miembros aprueben "medidas legales equivalentes". De la lectura de la cláusula 5 del Acuerdo Marco se infiere que este precepto tiene una finalidad predominantemente objetiva; es decir, busca que en el ordenamiento interno de cada Estado miembro haya normas que -previa consulta con los agentes sociales y "conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales"- impidan o



al menos dificulten la utilización injustificada y, en ese sentido, abusiva de las formas de trabajo de duración determinada. Dicho de otra manera, la cláusula 5 del Acuerdo Marco -cosa distinta es la cláusula 4- no tiene como finalidad primaria otorgar derechos subjetivos a los individuos en concretas relaciones jurídicas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al tratar del abuso de la interinidad en el empleo público de naturaleza estatutaria, insiste en que lo crucial es que haya medidas que efectivamente resulten disuasorias.

En todo caso, en conexión con cuanto se acaba de exponer, debe subrayarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que las sanciones e indemnizaciones pueden ser una medida equivalente para alcanzar el efecto disuasorio contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco; pero en ningún momento ha dicho que sea una consecuencia necesaria e ineludible. Es una posibilidad para lograr la finalidad impuesta, no un medio obligatorio. Y ni que decir tiene, siempre en este contexto, que un deber de la Administración de indemnizar habría de tener alguna clase de cobertura en el ordenamiento interno del Estado miembro, dado que no surge de manera forzosa y directa del Acuerdo Marco. No es ocioso recordar aquí lo que dispone el apartado quinto de la cláusula 8 del Acuerdo Marco: "La prevención y la resolución de los litigios y quejas que origine la aplicación del presente Acuerdo se resolverán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales".

Esta misma cláusula ha sido objeto de interpretación por diversas sentencias del TJUE a efectos de delimitar qué condiciones de las relaciones laborales de carácter temporal pueden llegar a calificarse de "sucesivos". Así en STJUE de 19 de marzo de 2020 ((c-103/18 y c-429/18, acumuladas) "la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada", a efectos de dicha disposición, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo".

3. La conclusión.

Sobre la base de este criterio interpretativo, no cabe duda acerca de que el vínculo laboral mantenido por la hoy recurrida -Sra. Herminia - con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (SACYL) durante los años en que se mantuvo la vigencia del nombramiento temporal de carácter interino encaja plenamente en el concepto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco que incorpora la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, ello porque de los hechos que han quedado reflejados deriva claramente que la relación de servicio de duración determinada que le une a esa administración territorial se caracteriza porque (i) lo es hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva; (ii) la plaza ocupada lo fue de modo ininterrumpido hasta su cese durante varios años -7 años, 10 meses y 15 días, como explicita la certificación de servicios- y desempeñando de forma constante y continuada las mismas funciones; (iii) el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de incluir la plaza en la oferta de empleo público en los términos del artículo 10.4 del EBEP.

Por ello la relación temporal de interinidad no responde a los requisitos legalmente establecidos para justificar una relación estatutaria de carácter temporal y es evidente que esa prestación de servicios no responde a razones de necesidad, urgencia o al desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, sino que se trata de encubrir la existencia de necesidades estructurales y permanentes. Ello determina un fraude en el nombramiento y la existencia de abuso por parte de la Administración.

No tomamos en consideración los nombramientos de carácter temporal anteriores al 1 de diciembre de 2009 por cuanto en ningún momento se analizó y demostró que no respondiesen a necesidades coyunturales y, además, no existe concatenación entre ellos, ni entre ellos y el de carácter interino que valoramos, ni se desempeñaron los servicios en el mismo centro de trabajo.

Por tales razones, como ya hemos adelantado, esa prolongación de la relación laboral de duración determinada debe considerarse abusiva, no solo porque infringe la normativa interna, sino porque, además, es incompatible con la Directiva 1999/70/CE, sin que quepa apreciar causa objetiva que la justifique. Tal situación de abuso se integra y origina por la irregular o improcedente prolongación administrativa del nombramiento temporal



como interino de la recurrente para cubrir necesidades que la Administración no ha demostrado que no fuesen permanentes.

SEXTO.- La segunda cuestión que debemos analizar es la referida a las consecuencias del abuso y las medidas a adoptar para corregirlo o sancionarlo. Como se dice en el auto de admisión "en el caso de constatarse tal utilización abusiva, cuáles son las consecuencias que se derivan de la misma."

Es obligado partir de que, en este caso, la sentencia apelada, confirmando la de instancia, ha acudido directamente a una medida correctora de carácter indemnizatorio: "veinte días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades."

La sentencia anteriormente citada y dictada el día 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018) dice sobre el particular:

"SEPTIMO.- En primer lugar, cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. Es perfectamente sabido que la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un "estatuto" en gran medida heterónomo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.

En segundo lugar, dado que no puede ser el cese ajustado a derecho lo que ocasione un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto -tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en las sentencias de 26 de septiembre de 2018, citadas en el auto de admisión de este recurso de casación- pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños; algo que ni siquiera se ha intentado en este caso. En otras palabras, el mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño. La recurrida no hace indicación alguna sobre el perjuicio o la lesión que le habría ocasionado la mera circunstancia de haber sido interina.

OCTAVO .- En relación con este último extremo, es significativo que la parte recurrida concluya su escrito de oposición afirmando que la indemnización por utilización abusiva de la interinidad no tiene por objetivo resarcir daños o perjuicios efectivamente padecidos por el empleado público mientras estuvo en esa situación o sufridos como consecuencia de ella, sino que en el fondo tiene una "naturaleza sancionadora". Dice textualmente:

"[...] En consecuencia, el abono de una indemnización debe considerarse como una consecuencia inmediata y objetiva de la situación de abuso en la contratación. No es, por lo tanto, una simple indemnización por daños y perjuicios que precisen de prueba y concreción, el hecho de haber sufrido la situación de abuso en la contratación (que conlleva el trabajo durante muchos años sometido a inestabilidad, peores condiciones que los trabajadores fijos, perjuicio evidente en la carrera profesional, etc.) es en sí mismo suficiente para devengar la indemnización; además, tiene una naturaleza sancionadora, no se abona solo para compensar unos posibles daños, sino para disuadir a la administración de la utilización de formas de contratación o nombramientos abusivas.[...]."

Esto significa que lo que debería indemnizarse, según la recurrida, es el hecho mismo de haberse hallado en esa situación y que, así, la indemnización no es debida para resarcir daños o perjuicios efectivos e identificados, sino como castigo a la Administración que ha permitido -si no alentado- esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada que están legalmente pensadas para otros fines. Esta idea, además, es la que sin duda subyace - aunque no se haga explícita- en las sentencias de instancia y de apelación. Tal idea está muy próxima de lo que, en la terminología jurídica angloamericana, se denominan "daños punitivos". Ocurre, sin embargo, que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta. Tampoco es fácil encontrar supuestos de daños punitivos en la legislación civil española.

Así las cosas, lo que en el fondo se plantea en este recurso de casación es si debe darse por bueno el reconocimiento hecho en instancia y en apelación de una indemnización de naturaleza sancionadora, sin ninguna base en el ordenamiento español. Esta Sala considera que la respuesta debe ser negativa. El deber



de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora, como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, no viene impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea atinente a la cláusula 5 del Acuerdo Marco; jurisprudencia que ha afirmado de manera inequívoca que dicha cláusula 5 "[...] no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional[...]". Así las sentencias Sánchez Ruiz (C-103/18 y C- 429/18) de 19 de marzo de 2020 (parágrafo 118) e Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (C-726/19) de 3 de junio de 2021 (parágrafo 79).

Es verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las directivas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la directiva. En este sentido, entre otras muchas, la sentencia Marleasing (C- 106/89) de 13 de noviembre de 1990. Pero la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo caer en la arbitrariedad. Y, como se ha visto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados.

NOVENO.- Ni que decir tiene, en fin, que cuanto se acaba de razonar no significa que quien habiéndose hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva no pueda, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido. Así se dijo en nuestras sentencias de 26 de septiembre de 2018 y así lo reiteramos ahora. Y también reiteramos, aunque ello no sea relevante en el presente caso, que quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público. Éstas -no otras- son las consecuencias actualmente contempladas en el ordenamiento español para la utilización abusiva de figuras de empleo público de duración determinada de manera.

Por lo demás, todo el razonamiento hasta aquí desarrollado es de lege lata. Nada impide al legislador, si lo considera oportuno, establecer alguna clase de compensación para situaciones como la aquí examinada. Esto es, por cierto, lo que hace pro futuro el reciente Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo. Y no deja de ser significativo que a este respecto use la expresión "compensación económica", en vez de "indemnización", dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración."

SÉPTIMO.- Reiterando lo dicho en esa sentencia de 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018) "A la vista de lo expuesto, la respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo debe ser la siguiente: la utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo. La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente.

Dicho esto, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permiten."

OCTAVO.- Es claro, así, que tanto el recurso de casación como el recurso de apelación deben prosperar, con la consiguiente anulación de las sentencias de apelación y de instancia.

Ello obliga a resolver ahora el recurso contencioso-administrativo. La pretensión principal de la demandante fue desestimada por la sentencia de instancia, sin que aquélla la impugnase en casación. Dado que la demandante se aquietó ante ese pronunciamiento, dicha pretensión ha quedado fuera del debate ulterior y es firme. Y en cuanto a la pretensión subsidiaria de contenido indemnizatorio, es claro que no puede prosperar a la vista de cuanto se ha expuesto anteriormente.

No obstante, la referida pretensión subsidiaria partía del presupuesto de que, con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, una situación de empleo de duración determinada como ésta, con encadenamiento de nombramientos sucesivos y larga duración, es objetivamente abusiva. Pues bien, como quedó explicado más



arriba, esta Sala comparte esa valoración; lo que conduce a una estimación en parte del recurso contencioso-administrativo, declarando que la situación de la demandante como personal de refuerzo y como personal interino constituyó objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada.

NOVENO.- Con arreglo al artículo 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación debe cada parte soportar sus propias costas.

En cuanto a las costas de la apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 139 del referido cuerpo legal, sólo cabe imponerlas al apelante que ve desestimada su impugnación; lo que no es aquí el caso.

En fin, con arreglo al mencionado art. 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer imposición de las costas de la instancia, dado que el recurso contencioso-administrativo ha sido parcialmente estimado.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en el Fundamento Jurídico Séptimo a las cuestiones de interés casacional planteadas

1º) HA LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2018 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el recurso de apelación núm. 200/2018, ANULANDO dicha sentencia.

2º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca de 13 de febrero de 2018, ANULANDO dicha sentencia.

3º) ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Herminia contra la resolución de 15 de noviembre de 2016 del Gerente de Atención Primaria de Salamanca (por delegación del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud), declarando que la situación de la demandante como personal interino constituyó objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada, desestimándolo en todo lo demás.

4º) HACER PRONUNCIAMIENTO de costas en los términos previsto en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 16/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número: 7467/2018

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ A LA SENTENCIA NÚM. 1511/2021 DE 16 DE DICIEMBRE DE 2021, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 7467/2018.

Con todo el respeto hacia el parecer mayoritario, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia arriba indicada y que se limita recoger el parecer mayoritario fijado a partir de la sentencia 1401/2021, de 30 de noviembre, dictada en el recurso de casación 6302/2018.

Mi discrepancia se basa en los siguientes razonamientos:

PRIMERO.- PUNTOS EN LOS QUE NO HAY DISCREPANCIA

Nada tengo nada que oponer a los Fundamentos de Derecho en los que la sentencia de la que ahora discrepo se remite a la sentencia 1401/2021, de 30 de noviembre, en aquellos aspectos en los que tampoco discrepé.

SEGUNDO.-PUNTOS EN LOS QUE SI HAY DISCREPANCIA



1. Sí discrepo de la sentencia núm. 1511/2021, de 16 de diciembre de 2021, en cuanto al Fundamento de Derecho Quinto.3 y al punto tercero del Fallo.
2. Las razones de esta discrepancia radican en que se toma tanto el periodo en que la demandante en la instancia prestó servicios de refuerzo como el periodo de interinidad para concluir que hubo abuso.
3. Si atendemos a la prueba obrante en los autos de primera instancia tenemos:
 - 1º Que, en efecto, prestó servicios de refuerzo entre el 1 de noviembre de 2002 -y antes también- y el 31 de diciembre de 2008, en diversos EAP y nunca por años ni meses completos.
 - 2º Y fue nombrada interina entre el 1 de diciembre de 2008 al 15 de noviembre de 2016, primero por apenas un mes como enfermera de área y después del 1 enero de 2009 al 15 de noviembre de 2016, luego durante 7 años, 10 meses y 15 días, siempre en la EAP de Ledesma.
 - 3º Tras su cese volvió a tareas de refuerzo de apenas 1 hora la mayoría de los llamamientos y de 2 horas una vez.
4. Lo que motivó la reclamación se centró en el periodo en que fue nombrada y finalmente cesada como funcionaria interina. El periodo anterior fue desempeñado en tareas de refuerzo y sustitución y fue invocado en la demanda con carácter instrumental para presentar un panorama global que la sentencia considera como un considerable periodo de empleo temporal, lo que lleva a integrar la idea de abuso. Esos periodos inmediatamente anteriores al nombramiento como personal estatutario interino no permite sostener la idea de llamamientos fraudulentos para cubrir puestos que realmente deberían ser tenidos como vacantes estructurales.
5. De esta manera cuando es nombrada personal estatutario interino y se desempeña por 7 años, 10 meses y 15 días, llega un momento en que se produce el efecto previsible en el estatuto de tal tipo de relación de empleo temporal: que más tarde o temprano puede llegar el cese bien porque la plaza se cubra por personal estatutario de carrera o bien porque se amortice la plaza.
6. Podrá discutirse si ese periodo de interinidad fue excesivo, pero hay que recordar que, desestimada la demanda en cuanto a la impugnación del cese, tanto la Sala de apelación como ahora esta Sala de casación, hemos partido de que ese cese es conforme a Derecho e inatacable desde el momento en que la demandante no recurrió en apelación la desestimación en ese punto de su demanda.
7. Pues bien, declarado legal el cese en la primera instancia e inatacable, las sentencias del Juzgado y de la Sala de apelación integran la idea de abuso acudiendo a un razonamiento que les permita apreciarlo pese a la conformidad a Derecho del cese: entienden que hubo abuso porque no consta que la plaza desempeñada se hubiera cubierto en la convocatoria que provocó su cese. Esa y no otra es la *ratio decidendi* de ambas sentencias en cuanto al abuso y como tal es obviado por la sentencia de la que discrepo
8. Esa razón es contradictoria, pues lo es confirmar la legalidad del cese para, seguidamente, afirmar que no hay constancia de su realidad al tratarse del desempeño de puestos funcionales; ahora bien, si el cese es legal es porque se parte de la premisa de que la plaza ocupada por la demandante se cubrió y esto ocurrió cuando se produjo esa condición resolutoria de su nombramiento como interina. Lo que no cabe es sostener simultáneamente la legalidad del cese y que hay abuso porque no consta que hubiera causa de cese al tratarse de plazas funcionales.
9. Con base en lo expuesto entiendo que la sentencia mayoritaria debería haber estimado, como hace, el recurso de casación y el de apelación, pero por no haber abuso y debería haberse desestimado el recurso contencioso-administrativo. En todo caso, y como dije antes, estoy de acuerdo con lo resuelto respecto de la indemnización, máxime cuando la demandante tras su cese como interina ha seguido prestando servicios de suplencia o refuerzo sin acreditar en todo caso qué perjuicio se le ha causado, ni material ni moral.

TERCERO.- SENTIDO DEL FALLO

En consecuencia, la sentencia debería haber resuelto lo siguiente:

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN contra la sentencia de 9 de julio de 2018, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en el recurso de apelación 200/2018, sentencia que casamos y anulamos.



SEGUNDO.- Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN contra la sentencia de 9 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Salamanca en el recurso contencioso-administrativo 20/2017, sentencia que se anula.

TERCERO.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de DOÑA Herminia contra la resolución del Gerente de Atención Primaria de Salamanca de 15 de noviembre de 2016.

CUARTO.- No hacemos imposición de las costas.

Madrid, en la fecha de la sentencia.

José Luis Requero Ibáñez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ