



Roj: **ATS 1174/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1174A**

Id Cendoj: **28079130012021200224**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2021**

Nº de Recurso: **8327/2019**

Nº de Resolución:

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

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

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5889/2019,**
ATS 1174/2021,
STS 2559/2021

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 28/01/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 8327/2019

Materia: FUNCION PUBLICA Y PERSONAL

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 8327/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. César Tolosa Tribiño, presidente



D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 28 de enero de 2021.

HECHOS

PRIMERO. - La representación procesal de doña Sonsoles interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución del Gerente de la gestión integrada de A Coruña de 1 de julio de 2017, por la que se desestimaba la solicitud en relación a los contratos eventuales concatenados suscritos con el Servicio Gallego de Salud (SERGAS).

Dicho recurso fue estimado mediante sentencia dictada el 27 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de A Coruña en los autos del procedimiento abreviado núm. 47/2018, en la que se acuerda la anulación de la resolución administrativa impugnada y, en consecuencia, califica como fraudulentos los nombramientos eventuales realizados desde el 18 de junio de 2014, reconoce su condición de personal indefinido -asimilado a interino-, antigüedad y el carácter estructural de su puesto de trabajo, con las consecuencias que de ello se derivan.

En síntesis, señala que, la recurrente fue nombrada personal estatutario eventual el 18 de junio de 2014 para prestar servicios como especialista del Área de Obstetricia y Ginecología del Hospital Teresa Herrera correspondiente al Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña, y lleva encadenando contratos eventuales desde esa fecha, sin solución de continuidad. Afirma que debe reconsiderar anteriores pronunciamientos a la luz de la doctrina de la STJUE de 21 de noviembre de 2018, Viejobueno Ibáñez y de la Vara González (C-245/17), y del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 1305/2017), sobre un supuesto de contratación que afectaba a funcionario interino por programas, del que llega a tres conclusiones: primera, cuando se constate uso abusivo de la contratación, un funcionario interino no puede convertirse en personal indefinido no fijo; segunda, lo procedente es la continuidad del vínculo si no consta motivación razonable y mientras no se cumpla por la Administración lo previsto en el artículo 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, en el caso que examina, aplica el artículo 9.3 del Estatuto Marco del personal sanitario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre; y tercero, posible que por sentencia se acuerde una indemnización si se constata fraude de ley o abuso de la contratación temporal.

La sentencia continúa con la interpretación del artículo 9 del Estatuto Marco al albur de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-16/2015), llegando a la conclusión, que ante la falta de justificación por la Administración recurrida del carácter coyuntural de los servicios, se considera que la concatenación de contratos son solución de continuidad constituye fraude de ley, existiendo además, abuso en la contratación. Finaliza su decisión con referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 20 de febrero de 2019 (recurso 352/2018), para reconocer las pretensiones de la recurrente, salvo respecto la declaración como estructural de la plaza que remite a la Administración para acordarlo en su caso, en virtud del artículo 9.3 del Estatuto Marco.

SEGUNDO. - Disconforme con la sentencia dictada en la instancia, el Letrado del Servicio Gallego de Salud interpuso recurso de apelación, que es resuelto mediante sentencia dictada el 23 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en los autos del recurso de apelación nº 290/2019, sentencia que desestima el recurso.

La Sala territorial considera, al amparo de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto unitario de trabajador y sobre la competencia del juzgador nacional para apreciar la concurrencia o no del fraude en la contratación, - STJUE 21 de noviembre de 2018 (Viejobueno Ibáñez y de la Vara González C-245/17), así como la STS de 26 de septiembre de 2018 (recurso 1305/2017)-, y los pronunciamientos europeos que amparan el reconocimiento del carácter fraudulento del encadenamiento de los nombramientos del actor, en cuanto nombrado para desarrollar tareas de carácter permanente, - STJE de 14 de septiembre de 2016-, les son aplicables los límites temporales de duración previstos, en este caso, en el artículo 9.3 del citado Estatuto Marco. Asimismo, el Tribunal invoca el artículo 8.1 c), d) y 8.4 del EBEP, sobre los límites temporales del uso de la contratación interina, en relación con el artículo 70.1 sobre el plazo de ejecución de la oferta de empleo público.

Asimismo, invoca la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo y STJUE de 26 de enero de 2012 (C-586/10 Kücük), sobre el abuso de la contratación temporal, y su interpretación en el sentido de que la necesidad temporal de sustitución



de personal, prevista por una norma nacional, puede constituir en principio razón objetiva a efectos de la citada cláusula. No obstante, las autoridades nacionales deberán tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, para valorar si la renovación de los contratos o de las relaciones laborales de duración determinada está justificada.

Por último, la sentencia ratifica la conclusión del Juzgador relativa a que los nombramientos de la actora no lo fueron para la cobertura de necesidades coyunturales del servicio; la trabajadora fue contratada como personal estatutario temporal en la categoría de facultativo especialista en el área de Obstetricia y Ginecología del hospital Teresa Herrera prestando servicios en el Complejo Universitario de A Coruña de manera continuada desde el 19 de julio de 2014, y lo fue para atender necesidades estructurales, al serle prorrogados los nombramientos, de manera que no prestó servicios en distintos centros hospitalarios ni para diferentes períodos, de manera que concluye que los sucesivos nombramientos no estaban justificados por razones objetivas.

Las consecuencias que se derivan de tal conclusión son las mismas que las adoptadas en sentencia de 20 de abril de 2016 (recurso 528/2015) de la propia Sala, en virtud de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C- 184/15 y C-197/15), ratificada a su vez por la Sala, posteriormente, en sentencias propias de 16 de enero de 2019 (recursos 350/2018 y 35172018), y de 25 de septiembre de 2019 (recurso 71/2019). La Sala entiende que concurre situación de abuso en virtud del artículo 9.3 del Estatuto Marco, porque si bien la Administración comenzó un Plan de estabilidad entre cuyas medidas se encontraba la conversión del personal temporal, y la trabajadora participaba en él, no consta nombramiento a su favor, ni que se haya convertido su eventualidad temporal en interinidad, sin que esta solución entienda que infringe lo acordado en SSTS 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre (recursos núm. 785/2017 y 130/2017), respecto funcionarios interinos.

TERCERO. - Contra esta sentencia ha preparado recurso de casación el Letrado de la Junta de Galicia en representación del Servicio Gallego de Salud, considerando vulnerados, además de la jurisprudencia del TS en los recursos de casación 785/2017 y 1305/2017, los siguientes preceptos: los artículos 2.2, 9.3 y 33 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobados por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, los artículos 23.2 y 103 CE y el artículo 55.1 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el caso que aquí se debate - a juicio del Letrado de la Junta de Galicia -la solución a los posibles abusos en la contratación eventual ya está resuelta con la aplicación del artículo 9.3 del Estatuto Marco, precepto del que en ningún caso puede extraerse la consecuencia aplicada por la sentencia de instancia: la conversión en indefinido no fijo, consecuencia que desde luego tampoco puede extraerse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se cita en la sentencia objeto de recurso, siendo una cuestión ya resuelta por el Tribunal Supremo y considerando que la distinción que introduce la sentencia recurrida, además de carente de motivación, es artificiosa, ya que es clara la doctrina establecida en cuanto que la solución de la concatenación de contratos eventuales en fraude de ley no puede ser su conversión en relación indefinida no fija, sino la subsistencia y continuación de la relación de empleo hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el citado artículo 9.3, y ello con independencia del momento es que se analice la relación jurídica. Es más, si dicha conclusión debe aplicarse en caso de cese, con mayor razón debe aplicarse tal consecuencia mientras se mantiene vigente la relación.

Además, entiende que, la sentencia infringe la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto que, sustrae a la Administración la realización del estudio previsto en el artículo 9.3 del Estatuto Marco, siendo esta la diferencia fundamental entre la solución seguida por el Tribunal Supremo y la solución adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. A lo anterior, se añade que, en ningún caso, puede crearse *ex novo* una categoría de "indefinido no fijo" que sólo existe en el ámbito laboral, y a consecuencia de una normativa distinta a la que regula el régimen estatutario, y que, con esa declaración de "personal indefinido no fijo" el trabajador, que había sido nombrado por razones eventuales, consigue permanecer en la Administración con una relación distinta a aquella para la que fue nombrado, perjudicando a los que legítimamente podrían acceder a esos puestos "indefinidos no fijos" en concurrencia competitiva. Por último, la sentencia recurrida crea una categoría inexistente "indefinido no fijo" que sólo por Ley puede crearse y regularse.

La parte recurrente fundamenta el recurso de casación en los apartados a), b) y c) del artículo 88.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), al considerar que la resolución impugnada es contradictoria con las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los recursos 785/2017 y 1305/2017, sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, que afecta a un gran número de situaciones. Entiende que el asunto reviste interés casacional a efectos de determinar si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 del citado Estatuto Marco, la solución jurídica aplicable, también durante la vigencia de la relación de empleo



(ya que en este caso la sentencia recurrida lo niega), no es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, sino la subsistencia y continuación de la relación de empleo 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, del mencionado Estatuto Marco.

CUARTO. - Por auto de 2 de diciembre de 2019 se 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, compareciendo el representante del Servicio Gallego de Salud como parte recurrente y no consta personada parte recurrida.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Cumplidas las exigencias que impone el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa [LJCA], la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entiende que tienen interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las cuestiones atinentes a:

Si se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario y, en el caso de que se constate ese uso abusivo, cuáles deben ser las consecuencias que se anudan en dicha declaración de abuso.

Resulta necesario señalar que, tal y como se razona en la sentencia impugnada y en el escrito de preparación del recurso de casación, la cuestión suscitada está relacionada con la ya resuelta por esta Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 4ª) del Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 26 de septiembre de 2018, estimatorias parcial de los recursos de casación 785/2017 y 1305/2017. Sin embargo, existen diferencias, como así constata la sentencia recurrida, en lo relativo a que en el presente caso no se ha producido el cese del facultativo, sino que se mantiene la relación temporal de servicios con la Administración para la que los presta, mientras que en aquellas sentencias se había producido el cese del personal eventual, lo que puede hacer necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo en cuanto a la doctrina establecida. De igual modo, existen otros supuestos también relacionados, respecto de los que se ha dictado autos de admisión, como son los recursos 3321/2019, 2081/2019.

Precisamente respecto el recurso de casación 2081/2019 formulado igualmente y en términos similares por la Xunta de Galicia, ha recaído sentencia el 16 de diciembre de 2020, donde reiterando la doctrina jurisprudencial establecida en nuestra sentencia de 26 de septiembre de 2018, se declara que en un caso similar, en que se ha producido una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario, la misma 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.

Las normas jurídicas que, en principio, deberían ser objeto de interpretación: los artículos 2.2, 9.3 y 33 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud aprobada por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre; el artículo 55 el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba; y el artículo 103 de la Constitución Española

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 el Letrado de la Junta de Galicia en representación del Servicio Gallego de Salud contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en los autos del recurso de apelación nº 290/2019.

Debemos precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

si se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario y, en el caso de que se constate ese uso abusivo, cuáles deben ser las consecuencias que se anudan en dicha declaración de abuso.



E identificamos como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las siguientes: los artículos 2.2, 9.3 y 33 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre; el artículo 55 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; y el artículo 103 de la Constitución, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

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. 8327/2019, la Sección de Admisión de dicha Sala.

La Sección de Admisión acuerda:

Primero.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Letrado de la Junta de Galicia en representación del Servicio Gallego de Salud contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en los autos del recurso de apelación nº 290/2019.

Segundo.- Precisar que la cuestión en que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

Si se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 Estatuto Marco del Personal Estatutario y, en el caso de que se constate ese uso abusivo, cuáles deben ser las consecuencias que se anudan en dicha declaración de abuso.

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 2.2, 9.3 y 33 del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre; el artículo 55 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; y el artículo 103 de la Constitución. 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.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.

D. Cesar Tolosa Tribiño D. Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo

D^a. Inés Huerta Garicano D. Angel Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda