



Roj: **ATS 8771/2021 - ECLI:ES:TS:2021:8771A**

Id Cendoj: **28079130012021201419**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2021**

Nº de Recurso: **7720/2020**

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 CAT 3241/2020,**
ATS 8771/2021

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 01/07/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7720/2020

Materia: FUNCION PUBLICA Y PERSONAL

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 7720/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

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 1 de julio de 2021.

HECHOS

PRIMERO. - Interpuesta por D. Samuel el 13 de junio de 2017, ante el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, solicitud por la que interesa que se declare que los nombramientos efectuados como funcionario interino de refuerzo suscritos sin solución de continuidad constituyen fraude de ley y, dado el carácter fraudulento de los mismos, se proceda a declarar que ostenta la condición de funcionario interino indefinido de la Generalidad de Cataluña con los efectos inherentes a tal declaración la misma fue desestimada por resolución del referido Departamento de Justicia de fecha 8 de marzo de 2018.

Contra dicha desestimación la representación de D. Samuel interpone recurso contencioso-administrativo que resulta desestimado por sentencia n^o 66/2019, de 19 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n^o 14 de Barcelona.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia de 19 de marzo de 2019, D. Samuel interpone recurso de apelación (n^o 233/2019) resuelto por sentencia n^o 2751/2020, de 29 de junio, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por la que se desestima el mismo.

El fallo de la sentencia es el siguiente:

"(...) Desestimar el presente recurso, a excepción de las costas en instancia que se dejan sin efecto (...)"

En síntesis, la sentencia de apelación resume las consideraciones efectuadas en la instancia que, con referencia a las sentencias del Tribunal Supremo dictadas con fecha de 26 de septiembre de 2018 en los recursos de casación núm.785.2017 y 1035.2017, sienta la hipótesis de que, aun en el caso en que hubiera podido determinarse en el presente asunto la existencia de abuso en la contratación, este no habría generado perjuicio alguno para el recurrente, sino que, al contrario le habría beneficiado al haberle permitido permanecer como interino durante más de 10 años, añadiendo que la finalización de la prestación de servicios como interino no implica de manera automática y por sí sola el nacimiento de un derecho de indemnización semejante al que podría existir en las relaciones laborales.

Continúa la sentencia ahora recurrida llamando la atención sobre el contenido de la cláusula cuarta del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, que tiene por objeto aplicar el Acuerdo Marco entre las organizaciones interprofesionales de carácter general de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y de la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 22 de diciembre de 2010, dictada sobre sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo n^o 3 de A Coruña y n^o 3 de Pontevedra que refieren que la definición por parte del Acuerdo Marco del concepto de trabajador con contrato de duración determinada engloba a todos los trabajadores sin diferenciar en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

A continuación, la sentencia de apelación trae a colación otra sentencia del TJUE, de 5 de junio de 2018, de la que extrae una serie de consideraciones, entre ellas que la misma viene a concretar los términos en los que debe de interpretarse el principio de no discriminación del trabajo de duración determinada cuando esta se refiere a las condiciones de trabajo y se circunscribe a la indemnización en el supuesto de extinción del contrato de trabajo de interino en relación con la procedencia o no de su equiparación con la extinción del contrato fijo concluyendo que de la misma se deriva la prohibición de tratar de modo menos favorable a los trabajadores con un contrato de duración determinada que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada y que la cuestión clave estriba en determinar si con base en condiciones objetivas es posible un trato diferencial en relación con la finalización del contrato cuando esta se produzca, si es así, cuales serían estas condiciones objetivas. Además considera que de la sentencia europea se concluye que la cláusula cuarta del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mismo, (precisa que ello es lo que acontece precisamente en el presente supuesto en el que estamos ante un contrato de interinidad) pero que si concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo.



Apunta asimismo la sentencia de apelación la existencia de la sentencia de 22 de enero de 2020, del TJUE que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas, y considera que, partiendo de esta y del resto de la jurisprudencia del TJUE expuesta, no es posible equiparar sin más un contrato laboral de duración temporal y la prestación de servicios como funcionario interino en el ámbito público. Ello no elimina la necesidad de que el juez nacional y los Estados a los que va dirigida la Directiva 1999/70/CE deban examinar el caso concreto y adopten las medidas referidas en la cláusula quinta del Acuerdo Marco anexo a la referida Directiva. Indica además que la indemnización prevista en la legislación laboral no puede ser considerada una medida disuasoria y eficaz de modo suficiente para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme al Acuerdo Marco reiteradamente referido, pues no es una sanción al abuso o a la contratación sucesiva abusiva sino una determinación legal contemplada para los contratos laborales de duración determinada, es por ello por lo que es el Juez nacional el que debe de analizar la situación concreta en función de la Directiva y no por mero automatismo con la legislación laboral que responde a otro régimen.

Concluye finalmente la sentencia de apelación que el paso de tiempo no permite adquirir la condición de funcionario ni la fijeza en el nombramiento y, precisamente, esta imposibilidad de fijeza es la que determina que en determinados casos se pueda establecer una indemnización que no será en ningún caso automática y que requiere de una relación laboral extremadamente larga en la que se hayan prestado servicios sin interrupción como interino sin que la Administración haya permitido el acceso mediante las oportunas convocatorias generales, imprevisible para el trabajador que, fuera del cauce legalmente previsto y durante un tiempo muy largo ha permitido a la Administración disponer de un servidor público a los fines públicos quien, durante ese tiempo ha estado fuera del mercado laboral por lo que puede sufrir un perjuicio a la hora de reincorporarse a este una vez finalice su contrato con la Administración teniendo en cuenta el transcurso del tiempo y su edad que no son datos indiferentes. Todo ello es aplicado por el fallo ahora recurrido en casación que determina que en el presente supuesto no se observa el perjuicio referido, debido a que no se conocen el margen de edad u otras circunstancias del actor, por lo que, no pudiendo establecerse la fijeza en el vínculo el daño no se ha producido claramente y por ello no cabe establecer una mera equivalencia para obtener la indemnización del mismo modo que en el contrato laboral.

TERCERO.- La representación de D. Samuel ha preparado recurso de casación contra la sentencia n.º 2751/2020, de 29 de junio de 2020, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de apelación 233/2019), referida en el antecedente segundo de esta resolución.

En el escrito de preparación, 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, la infracción de las cláusulas 1, 4, 5 y 8 del Acuerdo Marco suscrito entre la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, incorporado a la Directiva Comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 y de la Directiva del Consejo de 25 de junio de 1991.

Al hilo de lo expuesto, la recurrente afirma que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sobre la base del artículo 88.2 apartados a), b) c) y f), así como del artículo 88.3 apartado a) todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) centrando la cuestión controvertida, como se detallará a continuación en los razonamientos jurídicos de esta resolución, en la existencia o no de utilización abusiva de los nombramientos como personal estatutario interino y en la solución jurídica, en caso de constatarse la existencia de la misma, así como en la concreción de los efectos que aquella conllevaría sobre la carrera profesional del colectivo.

CUARTO. - Por auto de 29 de octubre de 2020 el órgano jurisdiccional 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 ha personado como parte recurrente la representación de D. Samuel, y como parte recurrida la abogada de la Generalidad de Cataluña, que no ha formulado oposición a la admisión del presente recurso

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



PRIMERO. - El recurso de casación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA, habiendo realizado la recurrente un esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación con el juicio de relevancia y la concurrencia del interés casacional objetivo en virtud de alguno de los supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA. Concretamente, alega el escrito de preparación del recurso de casación, como se ha indicado en el antecedente tercero, la concurrencia del artículo 88.2 en sus apartados a), b) c) y f) así como la del apartado a) del artículo 88.3 LJCA. Habiendo sido admitidos por esta Sala asuntos sustancialmente coincidentes en cuanto al fondo con la cuestión planteada en el presente asunto, entre otros el RCA 100/2020 o el RCA 6884/2019 si bien referido al ámbito sanitario.

SEGUNDO. - De este modo, una vez cumplidas las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, coincidiendo en ello sustancialmente con la parte recurrente, la Sección de Admisión entiende que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones:

1ª) Si, de conformidad con las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14), de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18) y la STS de 26 de septiembre de 2018 (STS 3251/2018, en el recurso 1305/2017), se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino.

2ª) En caso de respuesta negativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

3ª) Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal interino, debe adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, 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 en dicha relación.

4ª) Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización en caso de cese, por qué concepto y en qué momento.

Respecto a la alegación de la concurrencia del motivo previsto en el apartado a) del artículo 88.2 LJCA, la parte pone de relieve la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la jurisprudencia tanto europea como del Tribunal Supremo. Argumenta la recurrente, que trae a colación las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020, de 14 de septiembre y de 26 de noviembre ambas de 2014 que las mismas han declarado en aplicación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, que ha de interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional sea aplicada por los Tribunales de un estado miembro 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 al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta sus servicios para la Administración en régimen de derecho administrativo, no existiendo hasta la fecha una medida eficaz en el ordenamiento jurídico para sancionar dichos abusos, lo que incumbe al juez nacional comprobar. Defiende el recurrente, con base en ello, la imposibilidad de discriminar en sus condiciones de trabajo al empleado público laboral y funcional de naturaleza temporal respecto del empleado público respecto del cual la temporalidad no esté presente en su vínculo contractual, excepción hecha de aquellos casos en los que opere una diferenciación que tenga un fundamento razonable que en ningún caso puede ser la propia temporalidad del vínculo contractual mantenido. Por otra parte, realiza el recurrente un juicio de contraste en relación con la solución adoptada en el ámbito de la jurisdicción social en relación a la interpretación que debe darse del artículo 70.1 del EBEP considerando que el plazo de tres años que el mismo prevé, y que se otorga a la Administración para finalizar el proceso selectivo y ocupar la plaza desde el momento en que la referida plaza, dotada presupuestariamente, queda vacante, es de carácter ineludible. En conclusión refiere, para argumentar la concurrencia del supuesto a) del artículo 88.2 LJCA que la sentencia recurrida ha realizado una interpretación distinta a la efectuada por otros órganos judiciales en relación con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE cuando se produce una concatenación irregular de nombramientos como funcionario interino, debiendo haber declarado los nombramientos llevados a cabo como efectuados en fraude de ley al atender a una necesidad permanente, en este caso, de la Administración de Justicia.

Por lo que a la alegación de la concurrencia del supuesto previsto en el 88.2 b) LJCA como justificativo de la existencia de interés casacional la parte recurrente recurre al interés general como norma ética aplicable a todo asunto público tratando de paliar un posible perjuicio para el colectivo de trabajadores interinos, tanto



en el régimen laboral como en el administrativo resultando necesario que este Tribunal aclare y consolide la interpretación de las sentencias europeas dado que los Tribunales españoles están aplicando criterios diferentes para dar solución a casos jurídicamente idénticos. En relación al supuesto previsto en el apartado c) del artículo 88.2 LJCA la proyección de la cuestión controvertida a un gran número de afectados en idéntica situación, recalcando la gran cantidad de personal temporal existente según los últimos datos de la Encuesta de Población activa lo que convierte la cuestión traída a colación no solo en un problema jurídico y social de entidad suficiente a efectos de presentar interés casacional. Por lo que al apartado f) del artículo 88.2 LJCA se refiere reitera la contradicción existente entre fallo recurrido y la doctrina.

Lo expuesto permite concluir que el asunto presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por los motivos arriba expuestos, considerándose además que resulta aconsejable que el Tribunal Supremo sienta doctrina acerca de las consecuencias de que la Administración Pública abuse de la contratación temporal, perfilando con ello la ya existente (recordemos las sentencias de este Tribunal, número 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018).

TERCERO. - En virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de D. Samuel contra la sentencia n.º 2751/2020, de 29 de junio de 2020, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de apelación 233/2019).

Debemos precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la referida en el anterior fundamento jurídico.

E identificamos como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Lo señalado debe entenderse 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.

CUARTO. - 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. 7720/2020.

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de D. Samuel contra la sentencia n.º 2751/2020, de 29 de junio de 2020, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de apelación 233/2019).

2º) Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las atinentes a determinar si:

1. Si, de conformidad con las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14), de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18) y la STS de 26 de septiembre de 2018 (STS 3251/2018, en el recurso 1305/2017), se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino.

2. En caso de respuesta negativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

3. Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal interino, debe adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, 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 en dicha relación.

4. Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización en caso de cese, por qué concepto y en qué momento.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación, la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.



5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de apelación la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ