



Roj: **STSJ M 4712/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:4712**

Id Cendoj: **28079330072019100390**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **02/07/2019**

Nº de Recurso: **2071/2018**

Nº de Resolución: **611/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE FELIX MARTIN CORREDERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

Tlfs. 914934767-66-68-69

33010280

NIG: 28.079.00.3-2018/0002765

Recurso de Apelación 2071/2018

Recurrente : D./Dña. Luis Alberto

LETRADO D./Dña. PEDRO CORVINOS BASECA

Recurrido : CONSEJERIA DE SANIDAD

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

SENTENCIA N° 611/2019

Presidente:

D./Dña. M^a JESUS MURIEL ALONSO

Magistrados:

D./Dña. ELVIRA ADORACION RODRIGUEZ MARTI

D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR

D./Dña. MATILDE APARICIO FERNÁNDEZ

D./Dña. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA

En la Villa de Madrid, a dos de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de apelación número 2071/2018, interpuesto por don Luis Alberto , representado por el procurador don Manuel Infante Sánchez, contra la sentencia de 4 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 23 de Madrid en el procedimiento abreviado 70/2018.

Ha intervenido como parte recurrida la Administración de la Comunidad de Madrid, representada y dirigida por letrado de sus Servicios Jurídicos.

Y ha actuado como ponente don JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA, magistrado de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Por Orden de 17 de enero de 2018 del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid se acordó el cese de don Luis Alberto como funcionario interino en el puesto NUM000 , Técnico Superior de Salud Pública en la Dirección General de Salud Pública, como consecuencia de la incorporación de funcionario de carrera que accedió al cuerpo y escala como funcionario de carrera en proceso selectivo y fue nombrado funcionario de carrera por Orden de 10 de octubre de 2017 de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda (BOCM de 12 de enero de 2018).

SEGUNDO. Interpuesto recurso contencioso administrativo por don Luis Alberto frente a la anterior resolución recayó sentencia de 4 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 23 de Madrid en su procedimiento abreviado 70/2018 desestimando el recurso.

TERCERO . En desacuerdo con la sentencia, don Luis Alberto interpuso recurso de apelación; una vez admitido, se dio traslado al letrado de la Comunidad de Madrid que dentro del trámite conferido se opuso al recurso en base a los fundamentos que expone y solicita su desestimación así como la confirmación de la sentencia apelada; tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal, con emplazamiento de las partes.

CUARTO . Recibidas las actuaciones, se acordó formar rollo de apelación y al no haberse solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 26 de junio de 2019, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . Don Luis Alberto interpone recurso de apelación contra la sentencia de 4 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 23 de Madrid, en el recurso 70/2018 , deducido contra su cese como funcionario interino de la Comunidad de Madrid en el puesto NUM000 , Técnico Superior de Salud Pública en la Dirección General de Salud Pública, cese motivado por la incorporación de funcionario de carrera, en aplicación del art. 10.1 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP).

Considera la sentencia apelada, a fuerza de reducirlo ahora mucho, que el cese del recurrente no infringe el derecho comunitario, y que no tiene derecho a la indemnización que subsidiariamente reclamaba al hallarse prevista únicamente en los casos de extinción de relación laboral pero no cuando se trata del cese de los funcionarios interinos.

En desacuerdo con la sentencia y frente sus razonamientos, contrapone el apelante los motivos que sucintamente se recogen a continuación.

1º.- Que la sentencia ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2 CE), incurriendo en incongruencia omisiva en cuanto que no da respuesta ni se pronuncia sobre la pretensión relativa al derecho a percibir una indemnización.

2º. Que se ha vulnerado el derecho a la estabilidad en el empleo al aceptar que se puede ser cesado como interino sin concurrir causa legal. Esto se ha producido, según el recurrente, al haber caducado el plazo de tres años previsto en el art. 70.1 del TREBEP para ejecutar las ofertas públicas de empleo. La plaza ocupada por don Luis Alberto corresponde a la oferta de 2007 y fue convocada por Orden de 2645/2014, transcurrido, por tanto, el plazo de tres años señalado.

3º. Que ha sido vulnerado el derecho de la Unión Europea al considerar la sentencia que el Acuerdo Marco Anexo a la Directiva 1999/1970 no es aplicable a los funcionarios interinos, sin tener en cuenta que la jurisprudencia del TJUE ha declarado lo contrario (TJUE 10.9.2011, asunto C-177/10) y omitiendo cualquier razonamiento respecto de la pertinencia de la doctrina al caso de autos.

4º. Subsidiariamente, que el recurrente tiene derecho a ser indemnizado por el cese tras haber mantenido una relación inusualmente larga con la Administración. En su desarrollo se cita la sentencia del TJUE de 5 junio de 2018, asunto "Montero Mateos" (C 677/16).

5º. Que, en cualquier caso, no es ajustada a derecho la imposición de las costas a don Luis Alberto ; en su defecto, procedería limitar la cuantía por razones de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica.

Mediante otrosí solicitaba el planteamiento de cuestiones prejudiciales o subsidiariamente la suspensión del proceso hasta que por el TJUE se resuelvan las planteadas por el Juzgado de lo Contencioso número 14.

El Letrado de la Comunidad de Madrid se opone al recurso interesando su desestimación.

SEGUNDO . En el comienzo de nuestro examen tenemos que dar la razón al apelante cuando denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia, debiendo llamarse la atención sobre la necesidad de que el Juzgado



tenía que haber respondido a todas las cuestiones suscitadas en cumplimiento de las exigencias que imponen los arts. 67.1 de la LJCA y 218.1 de la LEC : decidir todas las cuestiones controvertidas, en la dicción del primero, y todos los puntos litigiosos, en la del segundo.

Ha de señalarse, igualmente, que no es posible apreciar la existencia de una eventual respuesta tácita, para lo cual hubiera sido necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la sentencia pudiera deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida en el punto examinado, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (cfr. SSTC 1/2001, FJ 4 ; 141/2002 , FJ 3).

Y es que el magistrado de instancia se olvidó de analizar la pretensión del recurrente de ser indemnizado por su cese.

TERCERO . Esto sentado, la cuestión litigiosa coincide en gran medida con la examinada en otros recursos de los que hemos conocido, entre otras, en las sentencias 5 de octubre de 2018 (recurso de apelación 10/2018), 14 de septiembre de 2018 (apelación 25/2018) y 4 de julio de 2018 (apelación 456/2017), de cuyos argumentos nos aprovechamos.

Entraremos, por tanto, directamente en el examen de los motivos.

El hecho de que la convocatoria contenida en la Orden de 2645/2014, de 4 de diciembre, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno por la que se realizara extravasado el plazo del art. 70.1 del EBEP y que por ello declarada nula por sentencia de esta sección 671/2015 de 11 de noviembre [confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2018 (recurso de casación 129/2016)], no traslada efectos al asunto que nos ocupa, o si se quiere, no provoca la nulidad del cese del recurrente. Una vez llevada a cabo la convocatoria y nombrados funcionarios de carrera los aspirantes que superaron el proceso selectivo, a esos nombramientos no se traslada la declaración de nulidad de la convocatoria, como ya hemos tenido ocasión de declarar en otros procedimientos anteriores (sentencia de 4 de julio de 2018 recurso 11/2018). A todo esto, hemos negado legitimación *ad causam* por carecer de interés legítimo a los funcionarios interinos para recurrir las convocatorias alegando la caducidad de las ofertas de empleo público con incumplimiento del art. 70.1 del EBEP . Al paso también hay que notar que el hecho de que la ejecución de la oferta de empleo público no tenga lugar en el plazo de 3 años establecidos en el art. 70.1 del EBEP y la eventual anulabilidad que de ello se derive no implica la de la toma de posesión en el puesto por funcionario de carrera nombrado (art. 49.1 LPCAP, igual que el 64,1 de la LRJ-PAC), que es lo determinante para dar lugar al cese del interino (art. 10.3 del TREBEP).

CUARTO . Tampoco vemos que la resolución recurrida o las declaraciones de la sentencia apelada puedan contrariar la jurisprudencia del TJUE relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE 80 y el CEEP, anexo a la Directiva 1999/70/C?, del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada ni tampoco los artículos que cita del EBEP, pues con independencia de su eventual aplicación a los funcionarios interinos esa jurisprudencia se refiere esencialmente a la sucesión abusiva de nombramientos temporales, supuesto distinto al del recurrente, que venía desempeñando el puesto en virtud de un único nombramiento. No hay nombramientos sucesivos, sino el mantenimiento desde de 2006 de la situación de interinidad a partir de un único nombramiento y, es importante señalar que el puesto ocupado como interino existe en la Relación de Puestos de Trabajo de la Comunidad. Según la jurisprudencia del TJUE la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco, que no se olvide, va referida a prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada - en el caso hay un solo nombramiento a partir de 2006 - no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, dejando a los Estados miembros cierto margen de apreciación en la materia.

Ni siquiera para el personal interino en el que se suceden nombramientos sucesivos en forma abusiva son predicables las consecuencias que propugna la recurrente.

Sobre la problemática de la sucesión de los nombramientos como personal interino y los efectos en relación con los ceses, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en los asuntos en que se había producido el reenvío prejudicial europeo en las respuestas interpretativas expresadas en la sentencia de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 1305/2018).

Y es que ni siquiera cuando se constata una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos, ante esa constatación " la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, 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 los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada,



hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre".

Pero en nuestro caso, como el puesto está creado y existe en la RPT, lo declarado por el TS en la mencionada sentencia no es trasladable esa doctrina.

El cese del recurrente se produjo legalmente en aplicación del art. 10.3 del EBEP, dado que su nombramiento obedeció a la circunstancia de existir una vacante cuya cobertura no era posible por funcionario, de manera que debe cesar cuando pase a desempeñar el puesto un funcionario de carrera.

QUINTO. Con esto llegamos a la cuestión relativa a si el cese da lugar (o no) a indemnización. A este respecto hay que mencionar el criterio sostenido en la sentencia del TJUE conocida como "Diego Porras 2", de 21 de noviembre de 2018 (C-819/2017) así como por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2019 (recurso de casación 3970/2016) en cuyo marco se planteó el reenvío prejudicial resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo, concluyendo que no procede abonar indemnización alguna a los trabajadores interinos. Luego de sintetizar las sentencias "Montero Mateos", "Grupo Norte Facility" y "De Diego Porras II", nuestro Tribunal Supremo afirma que "el Tribunal de la Unión reconduce la cuestión y niega que quepa considerar contraria a la Directiva la norma que permite que la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no dé lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas". Y del mismo modo, el Tribunal Supremo descarta que la fijación de una indemnización tenga eficacia disuasoria de la utilización abusiva de la contratación temporal.

A idéntica solución desestimatoria de la reclamación indemnizatoria conduciría trasladar la doctrina del TS de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 1305/2018) en la que se da respuesta a las cuestiones interpretativas planteadas en el recurso de casación para los casos en que se aprecia utilización abusiva nombramientos sucesivos. Bastará un párrafo de esa sentencia para corroborarlo. Lo copiamos del fundamento jurídico decimotercero y dice así:

" 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".

A la vista de este criterio, aplicable cuando se aprecia abuso, tampoco procedería reconocer indemnización a favor del recurrente,

SEXTO. Al haber incurrido la sentencia apelada en incongruencia omisiva, aunque mantengamos su fallo, es razón suficiente para no hacer condena en costas en esta alzada.

FALLO

En atención a lo expuesto, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Luis Alberto, representada por el procurador don Manuel Infante Sánchez, contra la sentencia de 4 de junio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 23 de Madrid en el procedimiento abreviado número 70/2018, sentencia que se confirma. Sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581-0000-85-2071-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria,



se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-85-2071-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ