



Roj: **STS 3863/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3863**

Id Cendoj: **28079130042020100301**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/11/2020**

Nº de Recurso: **5747/2018**

Nº de Resolución: **1557/2020**

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

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 993/2018,**
ATS 2601/2019,
STS 3863/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.557/2020

Fecha de sentencia: 19/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5747/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibañez

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD

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

Transcrito por: rsg

Nota:

R. CASACION núm.: 5747/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibañez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1557/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **5747/2018** interpuesto por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de OSAKIDETZA- SERVICIO VASCO DE SALUD contra la sentencia de 13 de junio de 2018 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación 224/2018 interpuesto frente a la sentencia de 11 de enero de 2018 dictada por el juzgado de lo contencioso-administrativo nº 6 de Bilbao en el procedimiento abreviado 747/2017. Ha comparecido como parte recurrida doña Belen representada por la procuradora doña Isabel Cañedo Vega y bajo la dirección legal de doña María Elia Pérez Hernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de doña Belen interpuso el recurso contencioso-administrativo 747/2017 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao contra la resolución 40/2017, de 12 de enero, de la Directora General de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (en adelante, Servicio Vasco de Salud) por la que se desestima el recurso de alzada presentado contra la finalización de la relación de empleo el 12 de diciembre de 2016 por transcurso del plazo de seis meses, en el puesto en el centro de salud de Buenavista (Portugalete) donde prestaba servicios de limpieza desde el 11 de diciembre de 2013 mediante prorrogas semestrales como personal estatutario eventual.

SEGUNDO.- Desestimado el recurso contencioso-administrativo por sentencia 6/2018 de 11 de enero, la representación procesal de doña Belen interpuso recurso de apelación 224/2018 ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que se tramitó y en el que se dictó sentencia estimatoria 286/2018, de 13 de junio, cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

" Con estimación del recurso de apelación 224/2018, interpuesto por la representación procesal de doña Araceli contra la sentencia 6/2018, de once de enero, del Juzgado de lo Contencioso - Administrativo número 6 de los de Bilbao en el procedimiento abreviado 747/2017 , debemos:

" 1º.- Revocar la sentencia de instancia, dejando sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso - administrativo.

" 2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar parcialmente el recurso contencioso - administrativo formulado por la representación procesal de doña Araceli contra la resolución 40/2017, de doce de enero, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución en materia de finalización de nombramiento.

" 3º.- En consecuencia, declaramos su disconformidad a derecho y anulamos la resolución, considerando la relación de servicios que vincula a doña Araceli y a Osakidetza - Servicio Vasco de Salud desde el once de diciembre de 2013 como indefinida no fija a todos los efectos.

" 4º.- Condenamos a Osakidetza - Servicio Vasco de Salud a abonar a doña Araceli el importe correspondiente a los salarios que dejó de percibir durante los días once y doce de diciembre de 2016.

" 5º.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias"

TERCERO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito la representación procesal de Osakidetza-Servicio vasco de Salud, ante dicha Sala informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 10 de septiembre de 2018, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación del Servicio Vasco de Salud como recurrente y la procuradora doña

Isabel Cañedo Vega en nombre y representación de doña Belen como recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 11 de marzo de 2019, lo siguiente:

"PRIMERO. Admitir a trámite el recurso de casación preparado la representación procesal del Osakidetza/ Servicio Vasco de Salud contra la sentencia de 13 de junio de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el recurso de apelación núm. 224/2018.

" SEGUNDO. Precisar, en términos similares a lo señalado en los autos de esta Sección de de 30 de mayo de 2017 (recurso de casación núm. 785/2017) y de 13 de junio de 2017 (recurso de casación núm. 1305/2017), 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, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15). Debiendo determinarse, en su caso, las consecuencias, laborales y/o económicas, 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 y 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud; el artículo 2.3 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 el artículo 135 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."

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 14 de marzo de 2019 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SEXTO.- La representación procesal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud evacuó el trámite conferido mediante escrito de 11 de abril de 2019 en el que tras exponer los antecedentes que consideró de interés, precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, así como pretensión en el presente recurso a los efectos del artículo 92.3.b) de la LJCA consistente en la revocación de la sentencia impugnada. y los pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo.

SÉPTIMO.- Por providencia de 30 de abril de 2019 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó la representación procesal de doña Belen solicitando se dicte sentencia declarando:

" 1º.- *Con carácter principal: desestime el recurso de casación.*

" 2º.- *Con carácter subsidiario: para el supuesto de que lo anterior no pueda ser atendido, dicte Sentencia por la que:*

" 1.- *Estime en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Belen , contra Resolución nº 40/2017, de 12 de enero, de la Directora General de Osakidetza- Servicio Vasco de Salud, por la que se desestima el recurso de alzada presentado el 23 de diciembre de 2016 contra su finalización de relación de empleo en Osakidetza causado el 12 de diciembre de 2016, en el nombramiento estatutario de carácter eventual efectuado con fecha 11 de diciembre de 2013, en el puesto de operario de servicios.*

" 2.- *Declarar que la relación de empleo de la Sra. Belen con el Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud subsiste y continuará en el puesto en el que fue nombrada el 1 de febrero de 2017 -con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella- con efectos a 11 de diciembre de 2013 y hasta la cobertura reglamentaria del puesto o su amortización ."*

OCTAVO.- Considerándose innecesaria la celebración de vista pública y declaradas conclusas las actuaciones, mediante providencia de 23 de septiembre de 2020 se señaló este recurso para votación y fallo el 10 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 17 de noviembre siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HECHOS Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA



1. De la sentencia impugnada en casación y de la dictada en primera instancia se deducen los siguientes hechos:

1º Doña Belen prestaba servicios en el Hospital de Gorniz como personal estatutario temporal eventual del Servicio Vasco de Salud, como operaria de servicios de limpieza, entre el 29 de julio de 2000 y el 8 de diciembre de 2013.

2º El 11 de diciembre de 2013, al amparo del artículo 26.5 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria del País Vasco (en adelante Ley autonómica 8/1997) fue nombrada como contratada eventual por seis meses para trabajar en el servicio de limpieza en el centro de salud, de nueva creación, de Buenavista, en Portugalete.

3º Finalizados los seis meses, a partir del 11 de junio de 2014 enlazó prórrogas semestrales hasta el 10 de diciembre de 2016, impugnando como acto originario la comunicación de 12 de diciembre de 2016 de la finalización de la última prórroga en ese puesto.

4º El 13 de diciembre de 2016 volvió a prestar servicios en el Hospital de Gorniz, como personal estatutario temporal eventual hasta el 31 de enero de 2017.

5º Al límite de los tres años a los que se refiere el citado artículo 26.5 de la Ley autonómica 8/1997, el Servicio Vasco de Salud convirtió la plaza del ambulatorio de Buenavista en puesto estructural de naturaleza funcional, integrándolo en la plantilla de puestos de trabajo con el número de orden NUM000 .

6º Creada esa plaza estructural el 1 de febrero de 2017 se volvió a nombrar a doña Belen ya como funcionaria interina en tanto no se cubriese la plaza por un titular.

2. Impugnado su cese, en el Suplico de la demanda se pretendía su reposición en el puesto de trabajo del centro de salud de Buenavista como " *personal indefinido no fijo, con efectos a 12 de diciembre de 2016, con abono de los salarios dejados de percibir durante el periodo en que no pudo prestar servicios, así como los derechos administrativos y económicos a que hubiere lugar*"; también pretendía el reconocimiento de los trienios perfeccionados a 12 de diciembre de 2016 y la diferencia dejada de percibir por este concepto desde el 11 de diciembre de 2013, más lo demás que resulte en Derecho, derivado de los anteriores pronunciamientos.

3. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo dictó la sentencia 6/2018 y desestimó la demanda en estos términos:

1º La concatenación de contratos desde el 11 de diciembre de 2013 al 10 de diciembre de 2016 no fue abusiva pues transcurridos tres años, la administración debía decidir si las funciones desempeñadas bajo un contrato temporal debían integrar el contenido de un puesto estructural nuevo. Así lo hizo y convirtió la plaza en un puesto estructural de naturaleza funcional para el que fue nombrada funcionaria interina.

2º La conversión se habría hecho en el límite legal de plazo del artículo 26.5 de la Ley autonómica 8/1997, pero se explica por circunstancias excepcionales como lo fue la puesta en marcha de un nuevo centro de salud.

3º Una vez que se constata el carácter estructural de la vacante, la administración puede optar por crear un puesto de trabajo laboral fijo o bien de naturaleza estatutaria, y optó por lo segundo. Lo que no puede admitirse, como pretende la demandante, es que pueda ella elegir qué opción procede pues tal decisión forma parte de la potestad de autoorganización de la administración.

4º Finalmente en cuanto " *al abono de la antigüedad no cobrada; de las nóminas aportadas por la recurrente se desprende que cobra la misma antigüedad que cobraría si hubiere sido contratada como fija no indefinida. Como muy bien conoce la Letrada actuante, los trienios se devengan en función de los años de servicio efectivo sin que se puedan devengar derechos (ni económicos ni administrativos) si no se ha efectuado un trabajo efectivamente. No puede acogerse*".

SEGUNDO.- LA APELACIÓN

1. Contra la sentencia del juzgado doña Belen recurrió en apelación. Reiteró la pretensión hecha en la demanda y alegó que fue abusivo su nombramiento temporal como limpiadora, pues no había justificación para que la plaza no saliera a concurso. Admitió que el 1 de febrero de 2017 ya se la nombró como estatutaria interina para un puesto no cubierto con titular, pero tal condición no la protegería de ser cesada pues no percibiría indemnización a diferencia de si se la considerase personal indefinido no fijo.

2. Por su parte, el Servicio Vasco de Salud se opuso alegando que antes, en la comarca Ezkerraldea Enkarterri Cruces (en adelante, EEC) no había plaza de Operario de Servicios ya que la limpieza se llevaba a cabo mediante una contrata externa. Creado al ambulatorio o Centro de Salud de Buenavista, se le dota con personal propio para limpieza acudiendo a las listas centralizadas a la espera de crear una plaza estructural, lo que ocurrió



cuando se crea la Organización Sanitaria Integrada EEC (en adelante, OSI EEC) y en ella se integra el citado centro, es cuando se dispone ya de una plaza estructural. Por tanto, entre 2013 y 2016 el Servicio Vasco de Salud no pudo crear plazas estructurales por las medidas de contención del déficit público, pues la tasa del 10% de reposición quedaba para cubrir jubilaciones. De esta manera las plazas creadas se cubrieron con personal estatutario interino, como ocurrió con la apelante.

TERCERO.- RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Ciñe el litigio al tiempo en que la apelante prestó servicios en el ambulatorio de Buenavista de 2013 a 2016 mediante una relación de empleo estatutario eventual. Tras reproducir el artículo 9.1 y 3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante, EMPESS) y el artículo 26.5 de la Ley autonómica 8/1997, rechaza que su contratación para tareas de limpieza fuese para prestar servicios de naturaleza "temporal, coyuntural o extraordinaria", en concreto niega que fuesen extraordinarias sino ordinarias, por lo que no era real el motivo indicado en su nombramiento ya que no atendió una necesidad eventual.

2. Por lo dicho no es aplicable el artículo 26.5 de la Ley autonómica 8/1997, pues tal precepto no autoriza a mantener durante tres años al personal eventual para cubrir una necesidad estructural antes de obligarle a crear una plaza: prevé que si hay que recurrir a un eventual para tareas de duración determinada o para las que no se prevea su existencia estructural, el nombramiento será por un máximo de tres años.

3. Ese no era el caso de la apelante pues desde el principio se sabía que estaba realizando tareas de carácter estructural, necesarias para el correcto funcionamiento del servicio público, luego necesariamente había de crearse un puesto que las atendiera. Se ha incurrido, por tanto, en una utilización abusiva de la contratación temporal.

4. Invoca la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 14 de septiembre de 2016 (recurso C-184 y 197/15) en su interpretación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Así en caso de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, debe aplicarse alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, para así sancionar tal abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión (considerando 14 y la cláusula 5.1 del Acuerdo marco).

5. Conforme a tal jurisprudencia, invoca otro precedente de la propia Sala de instancia para concluir que la solución en estos supuestos es aplicar la jurisprudencia del orden social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, por lo que anula el cese impugnado en la primera instancia y declara la relación de trabajo de la apelante como indefinida no fija o continuada hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice.

6. En cuanto a las consecuencias económicas de tal anulación, declara el derecho de doña Belen a que se le abonen los salarios que dejó de percibir por este cese el 10 de diciembre de 2016, pero por los dos días que estuvo sin trabajar (11 y 12 de diciembre de 2016) y se desestima el derecho a ser indemnizada con veinte días de salario por año de servicio cuando se produzca el cese.

CUARTO.- PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES EN LA CASACIÓN

1. Admitido a trámite el presente recurso de casación por auto de 11 de marzo de 2019 y fijada la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos expuestos en el Antecedente de Hecho Cuarto, la representación procesal del Servicio Vasco de Salud impugnó la sentencia con base en estos razonamientos expuestos en síntesis:

1º La sentencia infringe el artículo 9 del EMPESS y el artículo 26.5 Ley autonómica 8/1997. La relación estatutaria de carácter eventual se rige por normas específicas, de forma que los principios y criterios que informan su régimen impiden asimilarlas con las relaciones laborales de duración determinada.

2º Doña Belen fue nombrada conforme el citado artículo 26.5 de la Ley autonómica 8/1987 y fueron las circunstancias de tal nombramiento eventual las que hacen que no fuese abusivo, tal y como expone la sentencia dictada en la primera instancia a cuyos razonamientos se remite.

3º Por tanto, fue prorrogado su nombramiento hasta tres años, y concluido ese plazo la administración debe examinar si las funciones desempeñadas deben pasar a integrar el contenido de un puesto estructural, nuevo puesto que podrá ser de naturaleza laboral o de naturaleza estatutaria; si es laboral, hasta que se ocupe con un contrato fijo no indefinido y si es funcionarial o estatutario, con un interino.



4º Añade que no toda concatenación de contratos o nombramientos de duración determinada -eventuales- es abusiva. En este caso, una vez eliminados los impedimentos presupuestarios ligados a las medidas de contención del gasto público, el Servicio Vasco de Salud creó plazas estructurales de operarios de servicios necesarias para cubrir las labores de limpieza del nuevo Centro de Salud de Buenavista, por lo que doña Belen fue nombrada estatutaria interina en una de ellas, hasta la cobertura de la vacante por un titular.

5º El Acuerdo marco no considera toda renovación de contratación temporal como abusiva, sino que establece que puedan existir razones objetivas que justifiquen la renovación (cf. cláusula 5.1), por lo que el Servicio Vasco de Salud, conforme al Acuerdo marco, creó plazas estructurales dentro del plazo legal del artículo 26.5 de la Ley autonómica 8/1997. La conclusión es que su nombramiento temporal o eventual prorrogado no fue abusivo, ni puede declararse el derecho a nombrarla "indefinido no fijo" si tal abuso se hubiera producido.

6º Invoca las sentencias de esta Sala y Sección, 1425 y 1426/2018, ambas de 26 de septiembre (recursos de casación 785 y 1305/2017, respectivamente) de las que se deduce la improcedencia de hacer frente a la utilización abusiva de nombramientos o prórrogas de personal estatutario temporal de carácter eventual atribuyéndoles el carácter de personal indefinido no fijo. La solución es mantener la relación de empleo eventual, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la administración cumpla lo ordenado por el artículo 9.3 el EMPRESS.

7º Eso fue lo que hizo el Servicio Vasco de Salud: reconoció que las funciones de limpieza del nuevo Centro de Salud de Buenavista eran ordinarias, por tanto cuando legal y presupuestariamente pudo crear la plaza y nombró como estatutaria interina, hasta cobertura de plaza, a doña Belen, es decir, la misma persona que estaba cumpliendo las funciones con un nombramiento estatutario eventual.

8º Invoca finalmente la infracción del artículo 2.2 del EMPRESS pues la norma de aplicación supletoria es la funcionarial, no la laboral; y finalmente la infracción del artículo 135 de la Constitución pues la posibilidad de creación de una plaza estructural en la plantilla del nuevo Centro de Salud de Buenavista estuvo impedida por las medidas de contención del déficit público y de estabilidad presupuestaria.

2. La representación procesal de doña Belen se opuso al recurso de casación con base en estos razonamientos, también expuestos en síntesis:

1º Tras exponer todo *iter* procesal de las dos instancias, admite que con la jurisprudencia de esta Sala y Sección, citada por la parte recurrente, no cabe convertir el nombramiento de doña Belen en indefinida no fija, por lo que ante situaciones el abuso de las prórrogas en los nombramientos de eventuales lo procedente es anular el cese y mantener la relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla lo previsto en el artículo 9.3 del EMPRESS. Tal jurisprudencia resuelve la cuestión indemnizatoria, respecto el daño constatado, en este los días en que no se prestó servicios tras el cese.

2º Toma como referencia lo resuelto por esta Sala y Sección en las citadas sentencias, en concreto por la sentencia 1425/2018 por apreciar identidad de supuestos por lo que procede concretar si existió abuso, y si se constata dejar sin efecto el cese y declarar que la relación subsiste y continuará con efectos a la fecha del nombramiento en el puesto que lo fue de forma fraudulenta.

3º Esto lleva a la parte recurrida a pretender subsidiariamente, que se estime parcialmente el recurso de casación: que se declare que no procede declarar la condición de indefinido no fijo, pero sí que su relación subsiste y continua, con efectos a la fecha del cese y abono de salarios perdidos.

4º En cuanto a los efectos de la adscripción al puesto, toma el 11 de diciembre de 2013, en que se produjo este nombramiento, como fecha de referencia. Ahora bien, en este caso concurren otros elementos que evidencian el abuso, lo que extiende a los 166 nombramientos del periodo comprendido entre el 29 de julio de 2000 a 8 de diciembre de 2013.

5º Esto impide que el Servicio Vasco de Salud pueda negar que hubiera fraude en la contratación porque finalmente nombró a la actora personal interino con efectos a la fecha del mismo. Por tanto, la pretensión de doña Belen no se satisface con su nombramiento posterior pues esa satisfacción se logra anulando el cese con efectos económicos, administrativos, de servicios y todos aquellos a los que hubiera lugar, lo que concreta, por ejemplo, a efectos de antigüedad en el puesto en un posible concurso, o posiciones en listas de contratación, a la fecha en que se considere que queda constatado el fraude en la contratación.

QUINTO.- JUICIO DE LA SALA

1. En el Antecedente de Hecho Cuarto se ha expuesto cuál es la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Su resolución exige dar dos pasos: primero, determinar si hubo en el caso de autos abuso en el nombramiento de doña Belen como personal estatutario eventual ex artículo



9.3 del EMPES y en la sucesión de prórrogas, según la jurisprudencia del TJUE; segundo, cuáles son las "consecuencias laborales y/o económicas" que se anudarían de apreciarse el abuso.

2. Centrando esta casación en la primera cuestión, el artículo 9 del EMPES regula la figura del "personal estatutario temporal", figura con la que se atienden situaciones de necesidad, urgencia o para desarrollar programas temporales, coyunturales o extraordinarios. A tal efecto regula tres modalidades de personal temporal según que el nombramiento sea como interino, eventual o de sustitución. Sus características son las siguientes:

1º El nombramiento de interinidad implica que el desempeño de una plaza vacante cuando sea necesario atender las funciones propias del puesto hasta que se incorpore el titular o se amortice la plaza. Se está ante un nombramiento continuado y no un encadenamiento de " *sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*", a los que alude la cláusula 5.1 del Acuerdo marco, luego no hay abuso si el cese se produce en las circunstancias antes expuestas (cf. sentencias 1202, 1428 y 1429/2020, de 24 las dos últimas de 29 de septiembre, recursos de casación 2302, 1868 y 2596/2018, respectivamente).

2º El nombramiento como eventual procede por tres causas: para prestar determinados servicios temporales, coyunturales o extraordinarios; para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o, en fin, para prestar servicios complementarios en caso de reducción de jornada ordinaria. En estos casos el cese procede si concurre la causa prevista o si vence el plazo expresamente previsto, o si se suprimen las funciones que en su día lo motivaron.

3º El nombramiento de sustitución procede para atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal con reserva de la plaza, luego el cese sólo podrá acordarse cuando se reincorpore el sustituido, o éste pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función. Si el cese viene motivado por otras causas, se aprecia abuso tal y como señala la sentencia 607/2020, de 28 de mayo (recurso de casación 6161/2017), si bien en ese caso la particularidad era que se trataba de un nombramiento de personal eventual que, realmente, lo era de sustitución.

3. De esas tres modalidades de temporalidad en autos interesa la segunda, la de nombramiento como eventual y antes de entrar en la misma es preciso hacer tres puntualizaciones:

1º Que en el caso de autos se aplica además el artículo 26.5 párrafo segundo de la Ley autonómica 8/1997 que prevé la contratación de personal eventual para atender la necesidad de efectivos y no se prevea considerar esas necesidades definitivamente como estructural o bien para desarrollar tareas de duración determinada. En tales casos, esa contratación podrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 años.

2º Que el artículo 9.3 párrafo último del EMPES prevé que si se realizan más de dos nombramientos para prestar los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, la administración deberá estudiar las causas que motivaron el nombramiento, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

3º Que ese juicio sobre el carácter abusivo o no del nombramiento como eventual no lleva esta casación al terreno de los hechos y de su prueba, lo que está vedado, sino que es una cuestión jurídica: se parte de los hechos probados en la instancia y se revisa el juicio de integración en los supuestos del artículo 9.3 del EMPES y del artículo 26.5 párrafo segundo de la Ley autonómica 8/1997.

4. Pues bien, para juzgar si hubo abuso en la contratación y prórrogas de doña Belén, las sentencias 1425 y 1426/2018 exigen que ese juicio se haga a la vista de la cláusula 5 del Acuerdo marco y de su interpretación por la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184 y 197/159), si bien esta sentencia (apartado 45) partía de que en aquellos casos el tribunal remitente ya había apreciado el abuso y la cuestión se centraba más bien en las consecuencias, de ahí que sean más relevantes las dictadas por esta Sala.

5. A estos efectos, en los Fundamentos de Derecho Noveno y Octavo (sentencias 1425 y 1426/2018, respectivamente) se recogen otros pronunciamientos del TJUE de los que se deducen los siguientes criterios o estándares de enjuiciamiento para apreciar si concurre abuso:

1º Se parte de que en el Acuerdo marco impone límites a empleo de relaciones laborales de duración determinada que se van concatenando, pues pueden crear situaciones de abuso [cf. cláusula 1.b)].

2º La cláusula 5 exige comprobar que la renovación de nombramientos de duración determinada sea para atender a necesidades temporales que puedan objetivarse. Esto exige que la normativa nacional prevea en qué supuestos se justifica este tipo de nombramientos, atendiendo a las características de la actividad de que se trate y de las condiciones en que se desarrolle.



3º La aplicación de esa posibilidad exige que las razones objetivas estén expresamente justificadas y motivadas y deben constar qué concretos servicios se quieren atender; se debe fijar una duración máxima total a las sucesivas renovaciones y al juzgar el posible abuso se debe atender al número de nombramientos y prórrogas.

4º La valoración de la concurrencia de razones objetivas debe referirse a la última renovación, pero esto no excluye que sea pertinente el examen global del número y duración de los sucesivos nombramientos.

5º No es razón objetiva que justifique acudir a nombramientos temporales su mera previsión normativa, por lo que no cabe admitir la sucesión de nombramientos de duración determinada para desempeñar, de modo permanente y estable, funciones que constituyan la actividad normal del personal estatutario fijo o si las necesidades que se atienden son permanentes o estables.

6. Y ya respecto de los concretos casos resueltos por las sentencias 1425 y 1426/2018, esta Sala y Sección ha concluido en estos términos, centrándonos en la primera por la mayor similitud con el caso de autos:

1º La sentencia hace suyos los razonamientos del auto en el que la Sala de instancia planteó la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE 14 de septiembre de 2016. De tal auto sólo consta la transcripción de concretos párrafos. En aquel caso se estaba ante nombramientos temporales en la modalidad de eventual con trece prórrogas.

2º Hace suyo también el juicio de la Sala de instancia en dos aspectos: que para juzgar si hay abuso hay que estar a " *la motivación incorporada al nombramiento y a sus prórrogas*" y que en ese caso no constaban "expresamente los servicios determinados" con las prórrogas.

3º En fin, también hizo suyo que la sentencia allí impugnada entendiéndose que hubo abuso en aquel caso porque no se probó "en el proceso jurisdiccional" de qué servicios se trataba, por lo que la Sala de instancia no pudo conocer si la prórroga " *se ha utilizado realmente para atender a necesidades provisionales o, por el contrario, duraderas y permanentes de la organización sanitaria. Esta relajación de las garantías se concreta en que la recurrente ha podido ser empleada para atender finalidades extrañas a la figura del estatutario eventual*".

4º Ya como razonamiento propio la sentencia 1425/2018 no dota de eficacia probatoria a los efectos del artículo 9.3 del EMPES y del artículo 26.5, párrafo segundo de la Ley autonómica 8/1987, a la documentación obrante en el expediente, lo que aclara añadiendo que en aquel caso el Servicio Vasco de Salud admitió que no hizo el estudio al que obliga el artículo 9.3 del EMPES; que los nombramientos y prórrogas obedecían a las "necesidades del servicio" y que se superaron los plazos de dos y tres años previstos en los citados preceptos respectivamente.

5º Que la invocación del principio de estabilidad presupuestaria (artículo 135 de la Constitución) no ha impedido las consecuencias y el efecto útil de lo que ordena el Acuerdo marco y la jurisprudencia del TJUE.

SEXTO.- APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA AL CASO

1. La sentencia impugnada ciñó su juicio sobre el abuso en el nombramiento y cese de doña Belen , tras las cinco prórrogas, sólo en que el servicio prestado es "ordinario", y no extraordinario (cf. Fundamento de Derecho Tercero. 1, 2 y 3). Así limitado debe resaltarse que el Servicio Vasco de Salud, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional -en ambas instancias y en casación-, ha expuesto las razones justificativas para prorrogar el nombramiento hasta llegar, sin sobrepasarlo, al límite de los tres años del artículo 26.5 párrafo segundo, inciso final de la Ley autonómica 8/1997. Estas razones son las siguientes:

1º Antes del nombramiento de doña Belen no existía una plaza de Operario de Servicios para el servicio de limpieza en la Comarca EEC por lo que se cubría mediante contrata externa.

2º El 11 de diciembre de 2013 se crea el Centro de Salud de Buenavista, y se abandona el sistema de servicio externo. De esta forma se acude a las listas de contratación centralizada para nombramientos por seis meses prorrogables hasta que las plazas pudieran cubrirse reglamentariamente.

3º El 10 de diciembre de 2016 finalizó la última prórroga de doña Belen . Hasta 2017 el Servicio Vasco de Salud no pudo crear la plaza estructural pues las limitaciones impuestas desde el principio de estabilidad presupuestaria y contención del gasto lo impedía. Sólo en el ámbito sanitario se permitía una tasa de reposición del 10% que cubría las jubilaciones.

4º Levantadas esas limitaciones, en 2017 el Centro de Salud de Buenavista ya estaba integrado en la OSI EEC, había una plaza estructural por lo que se acude a cubrirla por el procedimiento normal de ahí que la interesada volviese a prestar servicios de limpieza pero ya como interina mientras no se cubriese por un titular.



5º Lo hecho se ajusta al Acuerdo marco, que obliga a los Estados miembros a fijar una duración máxima, lo que hizo ya la Ley autonómica 8/1997 al fijar la duración de tres años, que se ha respetado.

2. A la vista de lo expuesto se estima el presente recurso de casación, por las siguientes razones:

1º Respecto del carácter ordinario de las funciones desempeñadas, en esta casación el Servicio Vasco de Salud no sólo no lo niega, sino que lo comparte: es obvio que la limpieza de un centro de salud es una función ordinaria. Aun así no llegó invocar explícitamente como supuesto habilitante el apartado b) del artículo 9.3 del EMPSS que justifica la contratación de personal eventual " *cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de centros sanitarios*".

2º En el caso de autos hubo cinco prórrogas mientras que en el resuelto por la sentencia 1425/2018 fueron trece; en el caso resuelto por la sentencia 1426/2018 el allí afectado estuvo prestando servicios para un ayuntamiento entre 1995 y 2012, primero como personal laboral y luego como interino.

3º Coincide este recurso con el resuelto por la sentencia 1425/2018 en que no consta expresamente la justificación de la prórroga, pero en el presente caso no se apeló ni en el nombramiento ni en las prórrogas a las "necesidades del servicio"; por el contrario sí se hacía constar que los nombramientos y prórrogas eran para prestar servicios como "Operaria de Servicios-LI" y siempre en el mismo centro.

4º A diferencia de la casación resuelta por la sentencia 1425/2018, en el de autos constaba en el acto de nombramiento que se hacía por seis meses prorrogables, hasta un máximo de tres años; además en este caso el Servicio Vasco de Salud sí hizo un juicio sobre la pertinencia de crear el puesto desempeñado como plaza estructural (artículo 9.3 EMPSS). Así lo hizo sin que doña Belen superase como eventual el plazo máximo legal de tres años del artículo 26.5 párrafo segundo *in fine* de la Ley autonómica 8/1997 .

5º En el caso de autos las anteriores circunstancias implican que no se incurriese en abuso, en los términos que previene el Acuerdo marco, pues el nombramiento y las prórrogas fueron por motivos temporales o coyunturales en tanto se creaba la vacante estructural, como así se hizo. Por tanto, en este caso los "servicios extraordinarios" se referían no tanto a un carácter esporádico de los mismos sino a cometidos de suyo ordinarios que, en este caso, por circunstancias extraordinarias, objetivas y justificadas, no pudieron atenderse creándose una plaza para su provisión ordinaria.

6º No enjuicia la sentencia impugnada las razones expuestas por el Servicio Vasco de Salud en los términos del anterior punto 1 de este Fundamento; tampoco la representación procesal de doña Belen ha opuesto razón alguna pese a que a ellas se estaba refiriendo la sentencia de primera instancia al mencionar las circunstancias excepcionales que llevaron al cese dentro de los tres años de plazo del artículo 26.5 párrafo segundo, de la Ley autonómica 8/1997, inciso final, y a la creación de una vacante estructural.

7º Por último, se rechaza identificar que hubiere abuso por su nombramiento como interina una vez creada la plaza por vacante estructural, alegando -como sostiene doña Belen - que en caso de cese estaría desprotegida pues no sería indemnizada como indefinida no fija. Aparte de que esta Sala ha rechazado convertir el estatus profesional de un trabajador estatutario eventual en indefinida no fijo por prestar servicios encadenando prórrogas, se habrían dado los pasos previstos en las sentencias 1425 y 1426/2018 con la creación de vacante estructural, su cobertura en forma ordinaria y, entre tanto, sirviéndola como interina. El cese por cubrirse la plaza con un titular será la consecuencia lógica ligada a la condición de interino.

3. Lo expuesto lleva a estimar el recurso de casación y resolviendo ya esta Sala como tribunal de instancia el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Belen , se desestima y se confirma la sentencia 6/2018, de 11 de enero, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 6 de Bilbao dictada en el Procedimiento Ordinario 747/2017.

SÉPTIMO.- COSTAS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4, de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

2. En cuanto a las de la instancia se mantiene el pronunciamiento de la sentencia de instancia [artículo 93.4 en relación con el artículo 139.1 y 2) de la LJCA].

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 **OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD** contra la sentencia 286/2018, de 13 de junio, dictada en el recurso de apelación 224/2018 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **DOÑA Belen** , contra la sentencia 6/2018, de 11 de enero, dictada el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao en el procedimiento abreviado 747/2017, sentencia que se confirma.

TERCERO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez D. Rafael Toledano Cantero

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.