



Roj: **STSJ EXT 873/2017 - ECLI:ES:TSJEXT:2017:873**

Id Cendoj: **10037330012017100414**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2017**

Nº de Recurso: **119/2017**

Nº de Resolución: **131/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CASIANO ROJAS POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00131/2017

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA, INTEGRADA POR LOS ILMOS. SRES. MAGISTRADOS DEL MARGEN, EN NOMBRE DE S. M. EL REY, HA DICTADO LA SIGUIENTE:

SENTENCIA Nº 131

PRESIDENTE:

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO /

En Cáceres a veintinueve de Junio de dos mil diecisiete.

Visto el recurso de apelación nº **119** de **2017** interpuesto por el apelante, Rafael , siendo apelado **LA DIPUTACION PROVINCIAL DE BADAJOZ (CONSORCIO PROVINCIAL CONTRAINCENDIOS DE BADAJOZ)** contra la sentencia nº 67/17 de fecha 31/03/2017 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 19/17, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Badajoz .-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Badajoz se remitió a esta Sala recurso contencioso-administrativo nº 19/17, Procedimiento que concluyó por Sentencia del Juzgado nº 67/17 de fecha 31/03/2017.

SEGUNDO .- Notificada la anterior resolución a las partes intervinientes se interpuso recurso de apelación por la parte apelante, dando traslado a la representación de la parte apelada aduciendo los motivos y fundamentos que tuvo por conveniente.

TERCERO .- Elevadas las actuaciones a la Sala se formó el presente rollo de apelación en el que se acordó admitir a trámite el presente recurso de apelación, que se declara concluso para sentencia, con citación de las partes.

CUARTO .- En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.-



Siendo Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado **D. CASIANO ROJAS POZO**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO .- Se somete a nuestra consideración en esta ocasión, por la vía del recurso de apelación, la sentencia nº 67/17, de fecha 31/03/2017, dictada por el Juzgado nº 2 de Badajoz, en sus autos de PA 19/2007, que desestima el recurso presentado contra la resolución del Consorcio Provincial de Extinción de Incendios de la Diputación de Badajoz en virtud de la cual se cesaba al hoy actor en la plaza de conductor mecánico bombero (en adelante CMB) que ocupaba como interino en el Parque de bomberos de Mérida, al haberse ocupado en propiedad esa plaza como consecuencia del concurso de traslado cuyas bases fueron publicadas en el BOP de 10/03/2016.

Básicamente, la demanda rectora de los autos y también el escrito interponiendo el recurso de apelación contra la sentencia, vienen a sostener que el cese o despido tiene su verdadera causa en la reclamación de reconocimiento de derecho presentada el 23/06/2016 en la que se solicitaba se acuerde conforme a Derecho que la relación que une a los demandantes con la demandada es laboral indefinida no fija y no la de funcionario interino, pues esta calificación no es más que un fraude para perjudicar sus derechos, enumerando a continuación las circunstancias que sustentan este planteamiento: **a)** Relación no actualizada de la RPT del Consorcio ya que la Diputación reconoce 199 plazas cuando son en realidad 238 y no todas las plazas de bomberos vacantes han salido en el concurso de 10/03/2016 con el que se pretende justificar el cese; **b)** Falta de identificación de la plaza que estaba desempeñando el actor, de tal forma que se desconoce por qué se le cesa en lugar de a otro compañero, también interino, ya que en el Parque donde prestaba servicios había otras vacantes; **c)** Inicio de la relación como laboral y su modificación a interino sin ningún tipo de justificación con la finalidad de poder despedirlo o cesarlo sin derecho a indemnización resultando que ha prestado servicios de naturaleza NO temporal a tiempo completo, NO SUJETO a término ni plazo alguno, **d)** Se le cesa en vez de permitirle ocupar la plaza libre que deja el funcionario de carrera y se contrata o nombra a bomberos de nuevo ingreso temporal, **e)** El vínculo como funcionario interino no es legal por el hecho de haber estado prestando servicios desde el 2006 sin que nunca se haya sacado las plazas en O.P.E, aun teniendo obligación conforme el EBEP (RD Legislativo 5/2015) arts. 70 y concordantes, **f)** La prórroga de la situación de interinidad durante más de un quinquenio incumpliendo el marco legal que establece que no durará más de seis meses.

En definitiva, solicita la nulidad del cese, que es la sanción que reconoce la norma cuando existe un atentado a un derecho fundamental, como en este caso es la indemnidad además de que ésta es reconocida cuando existe longevidad irregular. Es claro que el actor había denunciado la infracción de la Directiva 1999/70 y la jurisprudencia que la desarrolla, en la que la Administración pública es garante de la legalidad y estabilidad del personal que presta servicios. Asimismo, ya denunciaba que en su caso se infringe el art. 10 del EBEP en relación con el art. 15 ET, el art. 6.1.c del Estatuto del Consorcio de Bomberos de Badajoz (Diputación) y concordantes, así como el art 6.4 del Código Civil, de los que resulta que el vínculo del demandante con el Consorcio demandado es como personal LABORAL INDEFINIDO.

Frente a ello, el escrito de oposición al recurso de apelación comienza destacando que el actor vuelve a reproducir los argumentos de la demanda sin hacer una mínima crítica a la sentencia.

A continuación, realiza una serie de manifestaciones, en apoyo de los hechos probados declarados en la sentencia, de las que destacamos las siguientes:

- a) Que si bien en el año 2005 (antes pues de la entrada en vigor del EBEP que abrió la posibilidad de hacer nombramientos de funcionarios interinos para desempeñar trabajos temporales de acumulación de tareas) el actor prestó servicio como CMB con dos contratos temporales, lo cierto es que desde el 07/02/2006 hasta el presente el actor, como consecuencia de estar incluido en las bolsas generadas tras convocatorias públicas para proveer plazas de funcionarios, ha sido nombrado siempre en vacante de esa naturaleza como funcionario interino.
- b) La Reclamación de derechos que según el actor genera la decisión fraudulenta de cesarle es posterior al concurso de traslado para funcionarios que se convoca el 10/03/2016.
- c) Está acreditado que la plaza que ocupaba como interino en el Parque de bomberos de Mérida fue solicitada y adjudicada, en virtud de dicho concurso, a Dº Adrian, funcionario de carrera.
- d) En ese concurso se pusieron en liza todas las plazas vacantes de funcionarios CMB existentes en la RPT, e igualmente, en contra de lo que asevera la adversa, la plaza y puesto del actor estaban perfectamente identificados y es la que ocupa Dº Adrian (como así se deduce de los folios 35 y 55 a 57 del expediente administrativo).



e) No es cierto que al ser desplazado el actor de la plaza podría ir a otra, por ejemplo, la que dejara libre el funcionario que ocupó la suya, pues el art 10.3 en relación con el punto 1 a) del EBEP es claro al efecto, todo ello sin perjuicio de que la plaza del funcionario que ocupase la suya, si hubiese quedado vacante, le correspondería ocuparla, por resultas, a otro funcionario participante que la hubiese solicitado, y sin no, por el interino que estuviese en ese momento en primer lugar de la bolsa constituida en el año 2013 tras la convocatoria del proceso para plazas de funcionarios, resultando que el actor ocupaba el puesto nº 90 en esa bolsa, tal y como resulta del folio 74 del expediente, por lo que no podía ser llamado a cubrir las vacantes tras el concurso de funcionarios.

f) Son cosas sustancialmente distintas la movilidad voluntaria entre interinos de larga duración (que permitió el desplazamiento voluntario del actor desde el Parque de Don Benito al de Mérida por resolución de 12/05/2014) y un concurso de traslados entre funcionarios de carrera.

g) La RPT del Consorcio fue publicada en el BOP de 30/12/2015 y está ocupada por 199 plazas/puestos, lo que no impide que en un momento determinado del año pueda haber trabajado 238 bomberos o incluso más en los meses de verano para cubrir necesidades coyunturales en base al art 10.1 d) del EBEP, que no superan el plazo de seis meses. Pero ello no significa que la diferencia entre ambas cifras sean vacantes existentes en la RPT que mi mandante sustrae al concurso. Así lo acredita la certificación del Secretario de la Diputación que obra al folio 35 del expediente.

h) Todos los puestos de CMB y cabo bomberos del CPEI se encuentran en la RPT correspondiente al personal funcionario del CPEI, no figurando ninguno de ellos en la RPT del personal laboral del CPEI. Así se acredita con el certificado que obra al folio 109. Y todos estos puestos se financian con cargo a partidas presupuestarias previstas para funcionarios, cobrando el actor de esas partidas todas sus retribuciones (acreditado por el certificado del folio 110).

En base a esas manifestaciones, la defensa del CPEI realiza las siguientes manifestaciones de orden jurídico:

a) La relación del actor con el CPEI hasta su cese ha sido administrativa, tal y como han declarado todas las sentencias de los juzgados de lo social de Badajoz y también la sentencia apelada. Tal relación no derivó de un pacto o acuerdo entre partes, sino de un acto administrativo unilateral de nombramiento, como es de ver en las resoluciones que obran en el expediente administrativo, ocupando siempre puestos que se encontraban recogidos en la RPT del personal funcionario del Consorcio.

b) El cese es ajustado a derecho pues es consecuencia de haberse cubierto su plaza por un sistema reglamentario, el concurso de traslado entre CMB, que no ha sido impugnado y que ha sido resuelto conforme a derecho.

c) El incumplimiento del art 70.1 EBEP por no haber sacado plazas desde el 2010 como consecuencia de las restricciones que impone anualmente la LPGE, no convierte, sin más, la relación de funcionario interino en laboral indefinido de la Administración.

SEGUNDO . - Planteado el debate en estos términos quizás convenga comenzar recordándole a la actora que, como hemos dicho muchas veces y sirva por todas nuestra Sentencia de 31/10/2014, rec. 152/2014, la finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una Sentencia a su favor.

En el recurso de apelación el Tribunal ad quem goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengan ejercitados, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia.

Pues bien, basta una superficial lectura del escrito de apelación para comprobar que no existe la más mínima crítica a la sentencia, con lo que ya sólo por este motivo el recurso de apelación debe ser rechazado.

TERCERO . - No obstante ello, la Sala comparte los acertados razonamientos de la Magistrada a quo, que parten de una indudable e incuestionable relación funcional entre CPEI y el hoy actor, consecuencia de los



sucesivos Decretos de nombramiento como funcionario interino que se han sucedido con total corrección a lo largo del tiempo, excluyendo los dos muy escasos periodos de tiempo de relación laboral al inicio de la misma antes de la entrada en vigor del EBEP, que, efectivamente, abrió la posibilidad de hacer nombramientos de funcionarios interinos para desempeñar trabajos temporales de acumulación de tareas, como fue el caso.

A partir de ellos todos los Decretos de nombramiento, hasta el del 2013, se basan en la Disposición adicional primera del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local (*Previa convocatoria pública y con respeto, en todo caso, de los principios de mérito y capacidad, el Presidente de la Corporación podrá efectuar nombramientos de personal funcionario interino para plazas vacantes siempre que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera. Tales plazas habrán de estar dotadas presupuestariamente e incluidas en la oferta de empleo público, salvo cuando se trate de vacantes realmente producidas con posterioridad a la aprobación de ésta. El personal funcionario interino deberá reunir los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a las correspondientes Escalas, subescalas y clases como funcionarios de carrera. Se dará preferencia a aquellos aspirantes que hayan aprobado algún ejercicio en las pruebas de acceso de que se trate. Las plazas así cubiertas deberán incluirse necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo o en la primera oferta de empleo público que se apruebe. El personal interino cesará cuando la plaza se provea por funcionario de carrera o la Corporación considere que han cesado las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina*), y en todos ellos, sin excepción, se expresa la razón del nombramiento de interinidad (la existencia de plazas vacantes de Cabo bombero en los Parques de Alburquerque, Fregenal y Hornachos en el Decreto de 07/02/2006, la resolución de la convocatoria de siete plazas de Cabo bombero para el cese en el de 27/06/2006, la necesidad de cubrir interinamente plazas vacante de CMB en Azuaga y Herrera del Duque en el de 27/06/2006, la reubicación del Decreto de 01/10/2007 para los interinos que no cesaron como consecuencia de la resolución de la convocatoria de 29/01/2007 y la toma de posesión de los funcionarios participantes, la nueva reubicación del Decreto de 11/01/2013 como consecuencia de la elección de destinos de los funcionarios aprobados en el concurso oposición libre de 21 plazas de CMB publicada en el BOP de 20/05/2010, y la solicitud de cubrir interinamente tres plazas vacantes de CMB en Almendralejo, Mérida y Don Benito en el Decreto de 2014), para concluir en el cese del Decreto de 30/08/2016 como consecuencia de que la plaza que ocupaba en Mérida es adjudicada a un CMB participante en el concurso publicado el 10/03/2016.

Y en todos los Decreto de nombramiento se hacía constar que tenían un carácter temporal, quedando revocados, entre otras razones, cuando las plazas fueran cubiertas en propiedad. Es decir, en todo momento el actor sabía que su plaza era de interino y que cesaría en la misma cuando se cubriera por funcionario en propiedad.

Y al hilo de ello, queda acreditado por la certificación que obra al folio 35 del expediente que (1) la convocatoria de 10/03/2016 tuvo por objeto la cobertura con carácter definitivo de la totalidad de los puestos vacantes de CMB que no estaban ocupados con carácter definitivo por funcionarios de carrera, así como aquellos de idéntica denominación que quedarán vacantes a resultas, que (2) el hoy actor ocupaba una plaza concreta con número de orden concreto que fue ocupada por D^o Adrian, y (3) que la RPT estaba actualizada a fecha 30/12/2015 y el número total de plazas era de 199, sin que formaran parte de ella los nombramientos de carácter temporal que no se corresponden con vacantes existentes sino que son consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o por exceso y acumulación de tareas, tal y como permiten las letras c y d del art 10.1 EBEP, con lo que no pueden aceptarse los tres primeros argumentos (letras a, b y c) de la relación que hemos realizado en el fundamento de derecho primero.

Tampoco podemos aceptar el argumento de que al ser desplazado el actor de la plaza podría ir a otra, por ejemplo, la que dejara libre el funcionario que ocupó la suya, pues la plaza del funcionario que ocupó la suya, si hubiese quedado vacante, le correspondería ocuparla, por resultas, a otro funcionario participante que la hubiese solicitado, y sin no, por el interino que estuviese en ese momento en primer lugar de la bolsa constituida en el año 2013 tras la convocatoria del proceso convocado para plazas de funcionarios, resultando que el actor ocupaba el puesto nº 90 en esa bolsa, tal y como resulta del folio 74 del expediente, por lo que no podía ser llamado a cubrir las vacantes tras el concurso de funcionarios. Se rechaza así el argumento de la letra d).

CUARTO . - En realidad, el supuesto fraude que sustenta la pretensión del actor se basa en el incumplimiento del art 70 y concordantes del EBEP y, en definitiva, en el mantenimiento de la situación de interinidad durante más de un quinquenio.

Pues bien, la doctrina jurisprudencial sobre el art 10.4 (*4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente,*



salvo que se decida su amortización) y 70.1 EBEP (1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años) se puede resumir con la STSJ GALICIA 14/11/2016, REC.107/2016 en la relegación de su aplicación , como consecuencia de la situación de crisis en la que estamos sumidos.

En efecto, la moderna jurisprudencia, plasmada en las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 (recurso de casación 44/2013) y 2 de diciembre de 2015 (RC 401/2014), ha declarado que si el poder legislativo ha decidido establecer una determinada tasa de reposición de empleo público, para el período de vigencia de una norma legal, a ello debemos estar, de modo que si la Ley de Presupuestos Generales del Estado prohíbe que a lo largo de la anualidad a que se refiere se proceda a la incorporación en el sector público de nuevo personal, excepto en los sectores que indica y hasta un determinado porcentaje de la tasa de reposición, durante ese ejercicio no opera el mandato contenido en el artículo 10.4 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, por lo que no puede entenderse infringido este último precepto.

En definitiva, tal como recuerda la STS de 2/12/2015, la Ley de Presupuestos del Estado para cada ejercicio viene considerándose por parte del Tribunal Constitucional como un instrumento idóneo para limitar la oferta de empleo público como medida de política económica, y en ese sentido cita la sentencia 178/2006, de 6 de junio, según la cual: En segundo lugar, y tal y como también hemos recordado con ocasión de los límites de las retribuciones de los funcionarios (entre otras, SSTC 171/1996, de 30 de octubre, FJ 4, y 24/2002, de 31 de enero, FJ 5), debe reconocerse la idoneidad la Ley de presupuestos generales del Estado, en tanto vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno, para limitar la oferta de empleo pública. De ahí que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, no resulte forzado reconocer que un precepto como el aquí analizado pueda hallar cobertura competencial en el título de ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE).

La situación de interinidad mantenida en el tiempo es, en definitiva, consecuencia de la situación extraordinaria que estamos viviendo y no la manifestación de una actitud fraudulenta.

Y para concluir, no nos resistimos a transcribir parcialmente la STSJ ANDALUCÍA (SALA DE LO SOCIAL) de 12/05/2016, REC. 1615/2015 cuando razona que:

Eso viene reforzado, además, con lo dispuesto en el art. 92.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, según el cual ...son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad..., de forma que la atribución de la condición de agente de la autoridad, ya vista, al personal de los Servicios de Prevención de Incendios que ejerzan las funciones propias de bombero impide su cobertura mediante relaciones laborales, lo que conlleva que la competencia para el conocimiento de la cuestión suscitada por el actor venga atribuida a la jurisdicción contencioso- administrativa, y no a la social, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.1 y 3.a) del Estatuto de los Trabajadores .

En definitiva, a juicio de la Sala, la relación funcional de interinidad entre actor y CPEI se ha desarrollado de forma plenamente ajustada a la ley, sin que durante su duración se hayan producido situaciones inaceptables desde la perspectiva de la igualdad y la confianza legítima, por lo que el cese es correcto, lo que lleva a la desestimación del recurso.

QUINTO .- En cuanto a las costas de esta alzada el art 139.2 de la LJCA establece que 2. En los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, sin que la Sala las aprecie en este caso, máxime cuando, como queda dicho, en el recurso no se hace crítica alguna a la sentencia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en nombre de su MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el procurador Dº ANTONIO CRESPO, en nombre y representación de Dº Rafael con la asistencia letrada de D MANUEL N. MARTOS GARCÍA contra la sentencia nº 67/17, de fecha 31/03/2017, dictada por el Juzgado nº 2 de Badajoz, en sus autos de PA 19/2007, QUE CONFIRMAMOS. Las costas de esta alzada se imponen al actor.



Contra la presente sentencia cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO