



Roj: **STSJ M 11589/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:11589**

Id Cendoj: **28079330072017100565**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **27/10/2017**

Nº de Recurso: **390/2017**

Nº de Resolución: **580/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **SANTIAGO DE ANDRES FUENTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

APELACIÓN Nº 390/2017

PONENTE SR. Santiago de Andrés Fuentes

SENTENCIA Nº 580/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SÉPTIMA

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. María Jesús Muriel Alonso

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Ignacio del Riego Valledor

D. Santiago de Andrés Fuentes

D. José Félix Martín Corredera

En la Villa de Madrid a veintisiete de Octubre del año dos mil diecisiete.

VISTO, por la Sección VII de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados "supra" relacionados, el recurso de apelación que con el nº 390/2017 ante la misma pende de resolución y que fue interpuesto, por la Procurador de los Tribunales D^a. Silvia Vázquez Senín, en nombre y representación de D. Fernando , contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de Marzo de 2017, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 163/2013, contra la Resolución desestimatoria presunta, por silencio administrativo, de la reclamación previa interpuesta, por el hoy apelante, contra la Resolución de la Dirección-Gerencia del Hospital Carlos III, fechada el 23 de Septiembre de 2011, por la que se le comunica que el día 31 de Agosto de 2011 finalizó su nombramiento de Personal No Sanitario Eventual mediante el cual se encontraba vinculado al Centro de referencia. Habiendo sido apelado el Servicio Madrileño de la Salud, representado y defendido por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid D. Alberto Serrano Patiño.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de Marzo de 2017, y en el Procedimiento Abreviado nº 163/2013 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva, literalmente transcrita, dice así: "Que debo declarar y declaro la inadmisibilidad del recurso contencioso-



administrativo nº 163 de 2013 interpuesto por Don Fernando , representado y dirigido por la Letrada Doña María Menchén Calvo en base a lo dispuesto en el artículo 69.c) de la Ley 29/1998, de 13 de Julio . Sin costas".

SEGUNDO: Notificada que fue la anterior Sentencia a las partes, por la representación procesal de D. Fernando se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación que, tras ser admitido a trámite por diligencia de ordenación de 28 de Marzo de 2017, se sustanció por sus prescripciones legales ante el Juzgado de que se viene haciendo mención el cual elevó, en su momento, las actuaciones a esta Sala.

TERCERO: Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por diligencia de ordenación se acordó formar el presente Rollo de Apelación y dar a los Autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y siendo así que ninguna de las partes solicitó el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista, ni la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo del presente recurso de apelación la audiencia del día 25 de Octubre del año en curso, en que tuvieron lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Santiago de Andrés Fuentes, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente recurso de apelación,- cuyo objeto lo constituye, como sabemos, la Sentencia dictada con fecha 13 de Marzo de 2017, y en el Procedimiento Abreviado nº 163/2013, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 24 de los de Madrid -, aduce la dirección letrada de D. Fernando , como argumentos que justificarían la revocación de la Sentencia cuestionada que pretende, que la inadmisión del recurso declarada en la Sentencia de Instancia le produce indefensión y vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, no pudiéndose declarar en ningún caso la inadmisión de un recurso cuando, como es el caso, se está cuestionado el cese indebido de personal estatutario al servicio de la Administración Sanitaria, cuestión para cuya resolución es competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que no la Laboral.

En cuanto al fondo, señala que la misma infringe las previsiones contenidas en el artículo 9 y concordantes de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre , que aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en la medida en que el apelante fue sujeto de una serie de contrataciones eventuales sucesivas, superando los plazos señalados en el indicado precepto, que acreditan que las necesidades por las que se produjo su contratación, tanto la inicial como las posteriores, eran estructurales, por lo que se utilizó la contratación eventual en evidente fraude de Ley, siendo la consecuencia de este irregular proceder el que se declare que su contratación debiera considerarse como indefinida y asimilada, en cuanto a sus condiciones y formas de extinción, a la relación de interinidad, con los efectos inherentes.

Frente a estas alegaciones la parte apelada interesó la confirmación de la Sentencia objeto de recurso por sus propios fundamentos.

SEGUNDO: La Sentencia objeto de apelación inadmitió el recurso formulado por la hoy apelante al entender que en el mismo se recurría un acto, presunto, que desestimaba una reclamación previa a la vía laboral razón por la que, se concluyó, tal actuación no es susceptible de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así las cosas, y aún reconociendo que la actuación cuestionada en la Instancia era una resolución desestimatoria presunta de lo que el hoy apelante denominó, en el escrito presentado en vía administrativa, "reclamación previa a la vía laboral", no puede obviarse, como se hace, que tal errónea denominación de la reclamación presentada el 28 de Octubre de 2011, por mor de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , lo que obligaba a la Administración era a tramitar la misma de conformidad con su auténtica naturaleza jurídica, que en el caso analizado era la de recurso de alzada frente a la Resolución de la Dirección-Gerencia del Hospital Carlos III, fechada el 23 de Septiembre de 2011, por la que se le comunica al hoy apelante que el día 31 de Agosto de 2011 finalizó su nombramiento de Personal No Sanitario Eventual mediante el cual se encontraba vinculado al Centro antedicho.

La resolución que se pretendía combatir en vía administrativa, por una mal denominada "reclamación previa a la vía laboral", lo que ponía de manifiesto al Sr. Fernando era su cese como consecuencia de la expiración o finalización de la contratación que, como personal estatutario temporal, se había producido el 1 de Julio de 2011.



Pues bien, la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, que aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, configura la relación del personal estatutario con la Administración Sanitaria, a través de los distintos Servicios de Salud, como una relación funcionarial, es decir, una relación de naturaleza claramente administrativa, cuya generación, desarrollo, efectos y extinción se sujeta al derecho administrativo y, en consecuencia, los conflictos que surjan entre las partes, por su naturaleza administrativa, quedan sujetos a la revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de acuerdo con la previsiones generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.4) y la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (artículo 1 y concordantes) y por exclusión de las competencias del Orden Jurisdiccional Social, (en este sentido se pronunció la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de Junio de 2005, recurso 48/2004).

En base a estas circunstancias el recurso Jurisdiccional que se interpuso por el hoy apelante no debió ser inadmitido, pues lo que se sometía a revisión era en efecto materia residenciable ante el Orden Contencioso-Administrativo y no ante el Social.

TERCERO: Tal y como pretende la parte apelante,- y dispone el artículo 85.10 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa -, la revocación en esta apelación de la Sentencia de Instancia, que como sabemos declaró inadmisibile el recurso de que las presentes actuaciones traen causa, obliga a la Sección a resolver al mismo tiempo el fondo del asunto.

Pues bien, con relación al mismo, y para su adecuado análisis, conviene poner de manifiesto que esta Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a cuestiones muy similares, por no decir idénticas, a la hoy analizada, entre otras muchas, y de entre las últimas, en las Sentencias dictadas con fechas 7 de Octubre de 2016 (recurso de apelación nº 82/2016), 26 de Junio de 2017 (recurso de apelación 516/2016) y 22 de Septiembre de 2017 (apelación 137/2017). Consideraciones anudadas a un elemental principio de unidad, de igualdad en la aplicación de la norma, así como de seguridad jurídica nos obligan a sostener, hoy como ayer, que el personal estatutario de los Servicios de Salud no está vinculado a la Administración sanitaria por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho Público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es el régimen de Seguridad Social, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 41 de nuestra Norma Fundamental, y por ello el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de la Función Pública excluyen explícitamente de su ámbito a este personal.

Se trata la notada de una distinción esencial, pues la regulación de la contratación temporal es distinta según la clase de vinculación con la Administración, y de otro lado ya cabe adelantar que invocándose por el recurrente en la Instancia, hoy apelante, el principio de igualdad, tal igualdad debe existir entre situaciones o regímenes jurídicos idénticos, siendo perfectamente posible la existencia de desigualdades en el conjunto de derechos y deberes de empleados públicos que tengan una vinculación de naturaleza jurídica distinta.

En consecuencia, es la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el ámbito normativo, entre otros, en el que se delimita el régimen jurídico aplicable a este tipo de personal y que, a su vez, define las concretas potestades de la Administración en la materia, junto con sus concretos límites.

Llegados a este punto cabe significar que el artículo 9 de la meritada Ley 55/2003, bajo el Título "Personal estatutario temporal", recoge los distintos y concretos supuestos en los que se puede dar lugar a este tipo de nombramientos, en cada una de sus diferentes figuras, (a saber, interinidad, de carácter eventual o de sustitución), así como las concretas y específicas causas por las que se cesa en la relación estatutaria en cada una de las modalidades reseñadas.

En efecto, en el apartado 2 del artículo de referencia se señala que el nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones, añadiéndose que se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

Por su parte el apartado 3 de propio precepto significa que el nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria;
- b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios;
- c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.



El cese de este tipo de personal, se puntualiza en el propio apartado, se llevará a cabo cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determinara en el nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Y el apartado 4 dispone que el nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza. Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

Expuesto lo anterior, debemos significar que no es objeto de discusión que el hoy apelante fue nombrado como "personal estatutario eventual" con fecha 1 de Junio de 2005 (véase folio nº 33 de las actuaciones seguidas en la Instancia), inicialmente por una duración determinada de siete meses, que se fue sucesivamente prorrogando, con alguna interrupción y mediante nuevos nombramientos, siendo la última prórroga la acordada por nombramiento de 1 de Julio de 2011, abarcando el mismo desde dicho 1 de Julio de 2011 hasta el 31 de Agosto próximo siguiente (véanse folio 49 de las actuaciones seguidas en la Instancia).

Tanto el nombramiento del Sr. Fernando llevado a cabo como hemos dicho por resolución de 1 de Junio de 2005, como todas y cada una de las prórrogas de dicho nombramiento inicial, aunque lo fueran mediante nuevos nombramientos, eran y son verdaderos actos administrativos y los mismos ganaron firmeza por no haber sido impugnados en su día.

Ahora bien, dicho esto, lo que tampoco puede obviarse es que tales sucesivos nombramientos puedan ser analizados para determinar la legalidad de la actuación administrativa, toda vez que, con independencia del "nomen" empleado por la Administración, el nombramiento será de uno u otro carácter en función de su contenido, es decir, con independencia de la denominación dada, lo decisivo para determinar si estamos ante un nombramiento eventual o interino o sustituto será comprobar cuáles son sus elementos esenciales. Y es en esta tarea en la que nada impide, en el supuesto que nos ocupa, el análisis de un acto administrativo previo, como el nombramiento originario y las sucesivas prórrogas, para verificar y analizar si concurría en el cese cuestionado en la Instancia alguna de las causas previstas legalmente para ello ya que estas causas, como sabemos, están indisolublemente unidas a la modalidad de contratación correspondiente que, más allá de la denominación que pudiera haberse dado a una concreta contratación, tiene que ver con la auténtica causa que motivó la misma, que no es otra que aquélla que puede definir su específica modalidad, toda vez que si bien es cierto que la Ley indudablemente otorga potestades a la Administración Pública para llevar a cabo nombramientos de personal estatutario temporal, estas potestades no se concretan en potestad discrecional alguna que permita a la Administración actuante elegir, cual si de "indiferentes jurídicos" se tratara, entre las distintas modalidades de personal estatutario temporal existentes sino que, muy al contrario, cada una de estas modalidades se concreta para unos supuestos muy específicos y cuando se dan estos supuestos, y se decide proceder al nombramiento del tipo de personal de que se viene haciendo mención, únicamente se puede llevar a cabo el nombramiento previsto para ese supuesto concreto.

Por ello precisamente es perfectamente lógico, es más aún resulta obligado, para definir la auténtica naturaleza del nombramiento de personal estatutario temporal en casos como el que nos ocupa, el analizar el historial personal pues, es cierto, como señala la parte apelante, ni siquiera la Administración Pública puede actuar en fraude de Ley, (artículo 6.4 de nuestro Código Civil), y ampararse en el texto de una norma persiguiendo una finalidad contraria al ordenamiento jurídico.

En el caso presente, la prueba documental, única disponible, expresa literalmente que el nombramiento de origen del hoy apelante y sus sucesivas prórrogas fueron referidas a un nombramiento de carácter eventual, sin que se aluda a un supuesto carácter de interinidad, ni exista determinación de plaza específica a cubrir, ni siquiera de servicio hospitalario donde el mismo debía desarrollar sus funciones.

Y realmente habría que demostrar que la literalidad de ese nombramiento inicial y de sus sucesivas prórrogas, o al menos del último nombramiento, no se correspondían con la realidad jurídica, y tal cosa no ha sido probada: ni el nombramiento inicial ni las sucesivas prórrogas lo fueron para la cobertura de un puesto vacante determinado, sino por necesidades del servicio, dada la acumulación de tareas pendientes y la necesidad de garantizar la continuidad del servicio, tareas extraordinarias en el Área de Hospitalización, lo que encaja en las previsiones a) y b) del apartado 3 del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre , por la que se aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

CUARTO: Lo que el recurrente en la Instancia solicitaba, a saber que se declarase su situación como de interinidad (asimilable a fijo indefinico), era inviable desde el momento en que faltaba el presupuesto de que la plaza estuviera creada. Podría haber reclamado que conforme al artículo 9 del Estatuto Marco por la Administración se procediese al estudio de la necesidad de creación de la plaza, bien entendido que de



resolverse la innecesariedad de dicha creación (o de denegarse la misma por silencio al no responder la Administración en plazo) lo que procedería sería prohibir la realización de un nuevo contrato eventual. Y para el caso de que efectivamente se crease la plaza, lo procedente, mientras obligadamente saliera a concurso, sería su desempeño por medio de un interino nombrado conforme a la normativa de aplicación. Y entendemos, que solo en el caso de que de dicho estudio resultase la necesidad de creación de una plaza estructural, y en tanto se tramitase su creación formal, podrían seguir produciéndose prórrogas en la contratación eventual.

No concurrían ni concurren los presupuestos necesarios para la declaración que la parte actora reclamaba. La sucesión de contratos de duración determinada encadenados durante más de dos años no es razón suficiente para sentar una presunción de fraude de ley, entre otras razones porque se ignora si la necesidad que movió a la contratación temporal eventual del actor en la Instancia había sido tenida en cuenta por el Servicio Madrileño de Salud al elaborar el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del años 2013 o en su aplicación al elaborar las Plantillas orgánicas de los Hospitales. Es decir, se ignora si la Administración ha procedido al estudio de la necesidad de creación de una plaza estructural y el resultado de dicho estudio.

Más aún. El fraude al que aludía el demandante, de considerarse probado, conduciría a aplicar la norma que se trata de eludir, es decir, el artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y, por tanto, a declarar la procedencia de que la Administración Sanitaria estudiase las causas que motivaron aquella situación y si procedía crear la plaza estructural en la Plantilla. Esa valoración, no haría falta decirlo, ha de ser realizada por la Administración y no directamente por los Tribunales, que serían en su caso competentes únicamente para revisar su resultado.

QUINTO: Para completar nuestra decisión es forzoso hacer referencia a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con las cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, destinada a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal mediante la realización sucesiva de contratos de duración determinada.

Y por lo pronto, con arreglo a la Jurisprudencia del TJUE, esa Directiva no es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un Tribunal nacional [cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de abril de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por la Labour Court - Irlanda)].

Sucede también que más allá de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya entendido que se produce discriminación entre los funcionarios de carrera y el personal contratado con carácter indefinido, en relación con los eventuales, interinos y personal laboral temporal, en materia de retribuciones y reconocimiento del trabajo desarrollado a efectos de trienios, ello no parece permitir la apreciación de discriminación injustificada en orden a la distinta duración de la contratación eventual en contraposición a la realizada en régimen de interinidad, pues la distinción entre una y otra viene determinada sobre todo por la existencia (o no) de un puesto de trabajo en plaza estructural.

Como quiera que sea, y como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado dos recientes Sentencias sobre la materia relativas a España, ambas de 14 de Septiembre de 2016, casos Pérez López (C-16/15, EU:C:2016:679) y Martínez Andrés (C-184/15 y C 197/15, EU:C:2016: 680), en respuesta a tres reenvíos prejudiciales del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid y de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada aplicada en el ámbito del empleo público (persona estatutario y personal funcionario).

Los litigios que provocaron las cuestiones prejudiciales se referían a personal estatutario temporal de distintos Servicios de Salud (concretamente el Madrileño y el Vasco) y a personal funcionario interino municipal (Ayuntamiento de Vitoria). En los tres supuestos se habían encadenado nombramientos sucesivos que no estaban justificados.

Según la cláusula cuarta del Acuerdo Marco, "no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas", y el apartado 1 de la cláusula 5 titulada "medidas destinadas a evitar la utilización abusiva", dispone lo siguiente: "a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales".



En la sentencia Pérez López citada, el Tribunal de la Unión declara que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación para recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en el apartado 1, letras a) a c), de dicha cláusula, o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de distintos sectores o categorías de trabajadores, es decir, se deja a los Estados la elección de los medios para alcanzar el objetivo, que es el de la prevención de abusos en la contratación temporal.

Sigue razonando la Sentencia que el Derecho de la Unión no establece cómo reaccionar cuando se produce un abuso, debiendo los Estados adoptar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

Después de recordar que no le corresponde la interpretación del Derecho interno, siendo los Tribunales nacionales competentes los que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional pertinente cumple los requisitos establecidos en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, el Tribunal ofrece unas orientaciones, señalando que el artículo 9 del Estatuto Marco determina de manera precisa los requisitos con arreglo a los cuales se pueden celebrar sucesivos contratos o relaciones de trabajo de duración determinada.

Añade que la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública, y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que puede justificar objetivamente en este sector específico el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada. Lo que no estaría justificado sería el acudir a la contratación eventual para cubrir una necesidad permanente y estable.

De sus razonamientos se desprende que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no considera la redacción del citado artículo 9 contrario a las exigencias de la Directiva, si bien advierte que la aplicación que de dicha norma se haga por las Administraciones sí puede entrar en contradicción con la Directiva, pues la Administración puede aplicar la figura del contrato eventual para cubrir necesidades permanentes, y porque no existe obligación de crear, en tal caso, plazas estructurales.

Por otra parte, en la Sentencia Martínez Andrés, en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, se hace notar que una normativa nacional que prohíba en el sector público transformar contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido, solo será válida si se cuenta, en el mismo sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

Con carácter orientador, el Tribunal indica que la figura de trabajador indefinido no fijo no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, sin perjuicio de lo cual, si no existiera ninguna otra medida efectiva, el asimilar su situación a la de los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta.

SEXTO: De esta forma, las recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea, aplicadas al caso examinado, no conducen a la solución pretendida en la Instancia por D. Fernando, quien no solicitaba que se acudiera al mecanismo de control previsto en el artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, esto es, reclamando el estudio sobre la necesidad de crear una plaza estructural, sino que directamente daba como presupuesta su existencia.

Es más, el Tribunal de la Unión Europea no objeta la normativa interna, sino su eventual abusiva aplicación, y lo cierto es que la regulación del Estatuto Marco establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que su correcta aplicación impediría la perpetuación del abuso.

Fuera de eso, el Tribunal de la Unión Europea, a decir verdad, no recomienda la aplicación para estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino que simplemente da respuesta a una pregunta planteada en los siguientes términos, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por eso, su respuesta solo puede entenderse como afirmativa para el caso de que tal figura pudiera ser aplicable tal solución, lo que no parece posible en ámbito de las relaciones estatutarias, al estar prevista únicamente en el ámbito de las relaciones laborales.

Así pues la solución de origen Jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable aquí, ni siquiera por vía analógica, al no darse los presupuestos precisos para ello.

SÉPTIMO: La solución a los posibles abusos en la contratación eventual pasa por la rigurosa aplicación del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Marco del Personal



Estatutario de los Servicios de Salud, cuya concreta redacción no es disconforme con la Directiva de referencia y, por consiguiente, si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, y si la Administración no procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, podrán los interesados (que lo serán no solo el contratado eventual, sino también los integrantes de la bolsa de interinos que pudieran ocupar la misma si fuera creada, o las organizaciones sindicales en representación de sus afiliados) exigir dicho estudio, bien entendido que en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, correspondería su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación específica para estos casos, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio.

En este punto podemos considerar concluido el tema principal suscitado en el recurso dados los términos en que vienen planteadas las pretensiones, no sin advertir, para finalizar, que si a la postre se llegase a la conclusión de que los cometidos desempeñados por nombramientos como eventual precisan la creación de una plaza estructural, la situación del eventual realmente empeoraría: no se produciría su nuevo nombramiento y no tendría derecho a indemnización por la finalización del contrato, pues ni para el personal funcionario interino ni para el estatutario temporal está prevista tal indemnización, como tampoco tienen ese derecho los funcionarios de carrera ni los estatutarios fijos, a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales. Entonces, se convendrá, no resultar aquí de aplicación la Sentencia del Tribunal Europeo, también de 14 de Septiembre de 2016 y sobre la Directiva 1999/70/CE, asunto De **Diego Porras**, al respecto de la discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización. Cuestión que ahora solo se deja apuntada, pues no se traslada debate en apelación sobre esta materia.

Por otra parte, y frente a lo que se alega, el hecho de que al momento de la finalización del nombramiento como personal eventual, por expiración del plazo o período señalado en el Acuerdo de nombramiento como tal, el apelante se encontrara en situación de incapacidad laboral transitoria es completamente irrelevante a los efectos pretendidos, pues tal situación no impide que, finalizado el plazo contractualmente establecido en un nombramiento, se produzca la extinción del mismo, con la correlativa finalización de los efectos que de tal contrato se derivaban.

Por todo ello, en unión de lo expuesto en los Fundamentos precedentes, procedía la desestimación del recurso interpuesto en la Instancia por el hoy apelante y así procede declararlo.

OCTAVO: De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, no procede efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas al haberse estimado parcialmente el presente recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

Por la potestad que nos confiere la Constitución Española

FALLAMOS

Que estimando como estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procurador de los Tribunales D^a. Silvia Vázquez Senín, en nombre y representación de D. Fernando, contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de Marzo de 2017, por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 24 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado seguido ante el mismo con el nº 163/2013, debemos revocar y revocamos dicha Sentencia, por ser contraria a derecho, en cuanto que acuerda la inadmisibilidad del recurso interpuesto, disponiendo, en su lugar y en cuando al fondo del asunto, la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, a instancias de D. Fernando, contra la Resolución desestimatoria presunta, por silencio administrativo, de la reclamación previa interpuesta, por el hoy mismo, contra la Resolución de la Dirección-Gerencia del Hospital Carlos III, fechada el 23 de Septiembre de 2011, por la que se le comunica que el día 31 de Agosto de 2011 finalizó su nombramiento de Personal No Sanitario Eventual mediante el cual se encontraba vinculado al Centro antedicho, resoluciones que confirmamos; Y todo ello sin efectuar pronunciamiento alguno en cuanto a costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma **cabe** interponer **Recurso de Casación** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción que del mismo efectúa la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio, el cual se preparará ante esta Sala, en un plazo de treinta días a contar desde la notificación de la presente Sentencia, por escrito que deberá cumplir los



requisitos especificados en el artículo 89.2 de la indicada Ley 29/1998, de 13 de Julio , en la redacción que del mismo efectúa la citada Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio (B.O.E. número 174, de 22 de Julio próximo siguiente).

Y para que esta Sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez alcanzada su firmeza remítase certificación de la misma, junto con los Autos originales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, el cual deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo resuelto en el correspondiente Rollo.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, D. Santiago de Andrés Fuentes, hallándose celebrando audiencia pública, en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO