



Roj: **STSJ CLM 610/2017 - ECLI: ES:TSJCLM:2017:610**

Id Cendoj: **02003330022017100150**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **10/03/2017**

Nº de Recurso: **316/2015**

Nº de Resolución: **10107/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RICARDO ESTEVEZ GOYTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2**

**ALBACETE**

**SENTENCIA: 10107/2017**

**Recurso Apelación núm. 316 de 2015**

**Toledo**

**S E N T E N C I A Nº 107**

**SALA DE LO CONTENCIOSO**

**ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.**

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a diez de marzo de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **316/15** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Cesar**, representado por el Procurador Sr. Romero Tendero y dirigido por el Letrado D. José Félix Rodríguez Mesas, contra el **SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM)**, que ha estado representado y dirigido por el Sr. Letrado de la Junta, sobre **CESE DE PERSONAL EVENTUAL**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se apela la Sentencia nº 199/2015, de 22 de julio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 3 de los de Toledo, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo procedimiento abreviado número 386/2014. Dicha Sentencia contiene el siguiente fallo: "*Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Cesar contra la resolución del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha de fecha 26-8-2014, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la decisión de dicho*



organismo público por la que se acordó el cese como personal **estatutario** de carácter eventual, resoluciones administrativas que confirmamos por considerarlas ajustadas a Derecho; sin hacer expreso pronunciamiento sobre la imposición de las costas" .

**SEGUNDO.-** El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo. Concretamente, el recurso de apelación se fundamenta en los siguientes motivos:

1.- Infracción de Derecho por inaplicación de los arts. 6.4 CC , art. 7.2 CC e incorrecta interpretación del art. 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre . Carácter fraudulento de la contratación y desvío de poder de la Administración Pública. Error en la valoración de la prueba.

2.- Error en la valoración de la prueba. Infracción normativa por inaplicación del art. 54 LRJPAC, inexistencia de motivación por falta de causa por la que se justifique la resolución contractual.

**TERCERO.-** El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la Sentencia apelada.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 23 de enero de 2017 a las 12 horas.

**QUINTO.-** Mediante providencia de 2 de febrero de 2017 se planteó a las partes la posible aplicación al caso sometido a enjuiciamiento de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión europea, que interpreta la normativa española, y singularmente el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal **Estatutario** de los Servicios de Salud , concediéndose un plazo de 10 días para efectuar alegaciones sobre dicha cuestión y, para el caso de considerarse que procede la reposición del apelante al puesto de trabajo que ocupaba cuando fue cesado, se pronuncien sobre la naturaleza jurídica que habría de tener dicha relación.

**SEXTO.-** Evacuado dicho trámite, y habiendo formulado las partes sus alegaciones, se procedió a la votación y fallo el día 1 de marzo de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo por considerar que, a la vista de la documental obrante en el expediente administrativo y de la prueba practicada en el recurso contencioso-administrativo, especialmente la declaración testifical de D. Leonardo , que presta servicios en los laboratorios del HOSPITAL NACIONAL DE PARAPLÉJICOS, y es Coordinador de Investigación de dicho Centro Hospitalario, no puede apreciarse la inexistencia de causa para acordar el cese del recurrente como personal **estatutario** de carácter temporal, pues, si bien es cierto que el recurrente participa en varios programas de investigación, e incluso en alguno de ellos asumió la función de investigador principal, ello no impide que esas funciones puedan ser desarrolladas por otros investigadores, o considerar que los referidos programas de investigación dejaran de ser prioritarios para el SESCAM. Sin que la continuidad el Proyecto de Investigación titulado " *Implicación de la interacción anosmina-1/PKR2 en la etiología del síndrome de Kallman* ", presentado ante la FUNDACIÓN SALUD 2000, para su investigación al amparo de las " *Ayudas Merk Serono de Investigación 2013* ", encuadrado en el Área de " *Investigación de bases moleculares de las Enfermedades Raras y sus implicaciones clínicas* ", cuyo contrato de ayuda a la investigación fue formalizado con una duración de dos años, comenzando en el año 2013, siendo el Investigador Principal el recurrente, se viera comprometido por el cese del demandante como personal **estatutario** eventual del Hospital Nacional de Parapléjicos, que concluyó la prestación de servicios en dicho centro sanitario al agotarse el plazo de duración de su nombramiento en tal condición, al garantizarse la continuidad del mismo en los términos que se señalan en el documento denominado "SOLICITUD DE BAJA DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN O REDUCCIÓN DE DEDICACIÓN".

**SEGUNDO.-** *Infracción de Derecho por inaplicación de los arts. 6.4 CC , art. 7.2 CC e incorrecta interpretación del art. 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre . Carácter fraudulento de la contratación y desvío de poder de la Administración Pública. Error en la valoración de la prueba .*

Considera la parte apelante en este primer motivo del recurso de apelación que en el proceso judicial nos encontramos con una amplia prueba documental suficientemente ilustrativa, de la que se evidencia la concurrencia de fraude por el tipo de contratación, y así, puede observarse en la sucesiva relación de contratos suscritos que las fórmulas contractuales empleadas son una mera pantalla para encubrir y eludir el cumplimiento de las verdaderas obligaciones derivadas de la relación contractual con el trabajador ( art. 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre , por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal **estatutario** de los servicios de salud); siendo, en la sucesión de contratos y prórrogas que se inició el 1 de enero de 2006 y



concluyó el 30 de junio de 2014, la única ocasión en que se definió la causa concreta de la contratación en el contrato suscrito con la Fundación Hospital Nacional de Parapléjicos, cuya duración, con su prórroga, abarcó el período comprendido desde el 1 de agosto de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.

En ese sentido, considera la parte apelante que no existían los trabajos de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria ni tampoco los cúmulos de tareas en los que se justifican los nombramientos como personal eventual y sus sucesivas prórrogas; que la duración de los proyectos en los que el recurrente trabajaba no coincidían con la duración de los contratos; que la persona que firmaba y autorizaba la contratación del recurrente era siempre la misma, el Director Gerente del Hospital Nacional de Parapléjicos (SESCAM), que, a su vez, lo era también de la Fundación del Hospital Nacional de Parapléjicos, lo que es una prueba clara de que los proyectos de investigación eran ajenos a las necesidades del puesto de trabajo, así como que se optaba por la fórmula de contratación más oportuna para la Administración o la fundación con independencia de la duración de los servicios (temporal o coyuntural) y sin nada que ver con ningún acúmulo de tareas; que la aportación económica de muchos proyectos era realizada por inversión privada, por lo que la existencia o no de crédito por parte de la Administración (SESCAM), nunca probado, era irrelevante para el mantenimiento del puesto de trabajo del recurrente.

Para resolver las cuestiones que plantea este primer motivo del recurso de apelación, hemos de recordar que en el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal **estatutario** de los servicios de salud, se establece, respecto del nombramiento de carácter eventual, que el mismo " se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados 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.

Se acordará el cese del personal **estatutario** eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el 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. "

A la vista de expediente administrativo, no se encuentra en el mismo una justificación del nombramiento del apelante como personal eventual, producido el 1 de enero de 2006, ni de las sucesivas prórrogas que del mismo se fueron produciendo hasta el día 30 de junio de 2012. En el aludido nombramiento, de personal **estatutario** de carácter eventual, consta, como causa que motiva el nombramiento, " Prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria ", pero no se indica cuáles sean esos servicios. No consta en dicho nombramiento causa o motivo alguno que justifique el nombramiento del recurrente como personal **estatutario** de carácter temporal. Es más, la testifical de D. Leonardo, Coordinador de Investigación del Hospital Nacional de Parapléjicos, nos permite colegir que la labor investigadora del recurrente no estaba ligada a proyecto de investigación alguno, pues todos los investigadores contratados trabajaban para varios proyectos a la vez. Esa misma conclusión puede extraerse del segundo de los contratos, esta vez con la Fundación del Hospital Nacional de Parapléjicos, suscrito con fecha 1 de agosto de 2012 y que también fue objeto de prórrogas, hasta el 31 de diciembre de 2013, si bien en esta ocasión, como dice la parte apelante, ya se especificó que su objeto era la realización de la obra o servicio Proyecto " ADE 10/0010. DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA PRONÓSTICO DE LA ESCLEROSIS MÚLTIPLE ". Dicho Proyecto, según la aludida testifical, tenía una duración de tres años, coincidiendo durante parte de la vigencia de su prórroga con otro Proyecto, denominado " IMPLICACIÓN DE LA INTERACCIÓN ANOSMINA-PKR2 EN LA ETIOLOGÍA DEL SÍNDROME DE KALLMAN ", en el que figuraba el apelante como Investigador Principal. Dicho Proyecto, de dos años de duración, comenzó en 2013, por lo que su vigencia expiraba en 2015, es decir, con posterioridad al cese. Posteriormente, el apelante fue contratado el 1 de enero de 2014, por período de 31 días, de nuevo como personal **estatutario** de carácter eventual, que, con su prórroga, expiró el 30 de junio de 2014. En dicho nombramiento consta, igual que en el primero, celebrado en 2006, como causa del nombramiento, " Prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria ", pero tampoco se especifica cuáles sean esos servicios.

Y, respecto de la modalidad contractual "para la realización de la obra o servicio" en que consiste el Proyecto ADE10/0010, dicho Proyecto tenía, como ya hemos señalado, una duración superior al contrato y a sus prórrogas, solapándose posteriormente con el otro Proyecto antes mencionado, cuyo inicio es posterior a la



fecha del contrato de trabajo; es decir, el contrato tampoco se circunscribía exclusivamente a la finalidad consignada en el mismo, ya que el recurrente, lo mismo que los demás investigadores, participaba al mismo tiempo en varios proyectos de investigación, según permite colegir la testifical practicada.

Esa falta de correspondencia de las distintas modalidades de contratación temporal utilizadas con la verdadera causa o motivo de la contratación, a la par que la contratación por distintas entidades (el SESCOAM y de la Fundación) que estaban representadas por la misma persona, encuentra su colofón, en el correo electrónico remitido a recurrente por D. Pedro Enrique, Director Gerente del SESCOAM, de fecha 11 de diciembre de 2013, es decir, días antes de la finalización de la última prórroga del contrato de obra o servicio determinado, donde se dice textualmente que

*" Los próximos seis meses te garantizamos la contratación, ya veremos si desde el hospital o Fundación, donde lo pueda encajar mejor. Obviamente forzaremos, en cualquiera de los casos, retener esa financiación de los proyectos, Serono, Ade, SAF ...*

*A ver si en ese tiempo encontramos una fórmula mejor que posibilite la contratación .".*

Dicho documento y la testifical practicada nos permiten apreciar con toda claridad tanto que la contratación se hacía indistintamente por el Hospital o por la Fundación como que la misma no estaba ligada a la realización de un concreto proyecto que justificase su temporalidad. La práctica de la prueba permite apreciar que no existían razones objetivas que justificasen la concatenación de tantas relaciones laborales distintas y durante un período de tiempo tan prolongado, superior a ocho años, ni que esas relaciones respondiesen a unas necesidades de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinarias, habiéndose prolongado durante todo ese tiempo permaneciendo inalterables la forma y función. En suma, que durante todo ese tiempo ha habido una utilización fraudulenta de los nombramientos de personal **estatutario** eventual, por una parte, por cuenta del SESCOAM, al tiempo que la utilización de la contratación por obra o servicio, por la mencionada Fundación, sin solución de continuidad, para una finalidad que no se corresponde con unos servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Antes al contrario, esa continuidad en las tareas de investigación, que, como veremos en el Fundamento siguiente, se prolonga incluso después del cese, evidenciaba que no existían trabajos de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; que la duración de los proyectos de investigación no coincidía con la duración de los contratos, siendo la duración de los proyectos superior a la de los distintos contratos y de sus prórrogas; así como que dichos proyectos de investigación eran ajenos a las necesidades del puesto de trabajo, optando la Administración en cada momento por la fórmula de contratación que más convenía a sus intereses, y ello con independencia de la duración de los servicios y sin relación con ningún acúmulo de tareas.

Ha quedado acreditado, en definitiva, que las necesidades de la contratación no respondían a tareas concretas y puntuales sino a una necesidad permanente de realización de trabajos de investigación, lo que evidencia el carácter fraudulento de los contratos así como la inexistencia de motivación del cese; sin que, a ese respecto, haya quedado acreditada la inexistencia de crédito que permitiese la continuidad de los proyectos, cuya fuente de financiación provenía en muchas ocasiones de la inversión privada, a cargo de otras fundaciones o entidades, como la Fundación Salud 2000, tal como se desprende del documento nº 3 de la demanda, " *Ayudas Merck Serono de Investigación 2013* " o la Fundación Eugenio Rodríguez Pascual, entre otros, así como de otras Administraciones Públicas, como el Ministerio de Economía y Competitividad o el Instituto de Salud Carlos III.

**TERCERO.-** *Error en la valoración de la prueba. Infracción normativa por inaplicación del art. 54 LRJPAC, inexistencia de motivación por falta de causa por la que se justifique la resolución contractual .*

En relación con el segundo motivo de apelación, el mismo testigo, Sr. Leonardo declaró en el acto de la vista que el recurrente continuó asistiendo al centro de trabajo (Hospital Nacional de Parapléjicos) desarrollando su trabajo en el mismo puesto que ocupaba, " *rematando experimentos* ", y estuvo yendo al centro " *durante muchos meses* ".

Dichas declaraciones han de entenderse referidas a la conclusión de los trabajos Proyecto de Investigación denominado SAF2012-40023, cuya vigencia se extendía hasta 2015 y en cuyo equipo de investigación el recurrente notificó su baja mediante solicitud de 24 de febrero de 2015 (documento nº 5 de los aportados al acto de la vista), debido a la finalización de su relación contractual que tenía con el Hospital.

Dado el paralelismo existente entre el supuesto aquí examinado y el analizado en nuestra Sentencia de 31 de marzo de 2014 (recurso de apelación 371/2012), procede resolver el presente recurso en los mismos términos. Concluíamos allí diciendo que " *siempre que en la contratación del personal **estatutario** temporal eventual se hubieran rebasado los plazos máximos referidos, no se hubiera definido con claridad y precisión el motivo de la temporalidad o habiéndose referido el mismo, la plaza cubierta fuera de carácter estructural, habría de entenderse que se ha realizado en fraude de ley y por tanto, de forma irregular .".* Conclusión que, a pesar



de que en este caso no consta que la Administración contratase a otro investigador para ocupar el mismo puesto de trabajo que el apelante, no por ello dejamos de apreciar las características esenciales del fraude de Ley: encadenamiento sucesivo de contratos temporales o por obra o servicio y sus prórrogas sin que dichos contratos estuviesen relacionados con un Proyecto o proyectos de investigación concretos, y falta de claridad o ausencia de causa o motivo real del contrato.

Como decíamos en la mencionada Sentencia, no solo se exige que concurren causas de naturaleza temporal que justifiquen la utilización de este tipo de contratos, sino que dichas causas sean consignadas de forma clara en el contrato suscrito, para que el trabajador tenga pleno conocimiento de los motivos de su contratación, y que, una vez desaparecida la contingencia temporal que da origen al contrato, el mismo se extinguirá.

A lo que cabe añadir que, en nuestro caso, la contratación la disponía indistintamente el SESCAM o la Fundación dependiendo de las fuentes de financiación disponibles en cada momento.

**CUARTO.-** *Aplicación de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión europea, que interpreta la normativa española, y singularmente el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal **Estatutario** de los Servicios de Salud .*

Como hemos señalado en el Hecho Quinto, la Sala sometió a la consideración de las partes, mediante providencia de 2 de febrero de 2017, la posible aplicación al presente caso de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que interpreta la normativa española, y singularmente el art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal **Estatutario** de los Servicios de Salud .

El Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha considera que la mencionada Sentencia no tiene incidencia alguna en el presente supuesto. Fundamenta dicha alegación en que el Tribunal de Justicia de la Unión europea resuelve sobre un caso concreto con particularidades específicas: la importante duración del contrato, por un lado, y el hecho de que la extinción del contrato de interinidad de la trabajadora demandante en el litigio principal se produjera por la decisión del legislador de reducir el número de liberados sindicales en la Administración, en un supuesto que podría encuadrarse sin dificultad en el concepto de fuerza mayor impropia o " *factum principis* ". Entendemos, sin embargo, que la Sentencia es plenamente aplicable a nuestro caso, pues, aparte que en nuestro caso la duración de los contratos concatenados fue incluso superior -allí se trataba de una enfermera nombrada por vez primera el 5 de febrero de 2009, y en nuestro caso lo fue en 2006- en ambos supuestos se trata de nombramientos de personal **estatutario** temporal eventual para la " *realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria* ". Por otro lado, los motivos del cese de la demandante en dicho proceso nada dicen acerca de la aplicabilidad de dicha Sentencia a nuestro caso, pues lo relevante no es tanto el motivo del cese como la falta de justificación de la utilización de nombramientos de carácter eventual, y en nuestro caso, además, de un contrato para la realización de un proyecto de investigación, y de sus prórrogas.

La parte recurrente considera, en cambio, que la referida Sentencia sí es de aplicación a nuestro caso. Invoca la parte apelante la Directiva **1999/70/CE**, de 28 de junio, que tiene por objeto " *Aplicar el Acuerdo marco que figura en el anexo, celebrado entre las organizaciones profesionales de carácter general (UNICE, CEEP, Y CES)* ", concretamente, los puntos 6, 7 y 8 de las Consideraciones generales del Acuerdo Marco, que establecen las líneas generales con respecto a la duración de los contratos, considerando de especial interés para nuestro asunto las Cláusulas 4 y 5.1.

Disponiendo la Cláusula 4 del Acuerdo Marco que " *Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que 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, denominada " *Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva* ", que

" *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 de 14 de septiembre de 2016, caso Pérez López , cuya aplicabilidad al supuesto concreto aquí analizado ha sido sometida a la consideración de las partes por esta Sala, el Tribunal de Justicia señala, en relación con la existencia de una «razón objetiva» del contrato, que " *se desprende de la jurisprudencia que debe entenderse que este concepto se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (sentencias de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartado 96 y jurisprudencia citada; de 26 de enero de 2012 (TJCE 2012, 9), Küçük, C-586/10 , EU:C:2012:39 , apartado 27, y de 13 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 108) , Márquez Samohano, C-190/13 , EU:C:2014:146 , apartado 45) .* Y dice que una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a tales exigencias. Y añade que " *En efecto, una disposición de esta naturaleza, de carácter meramente formal, no permite deducir criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Por tanto, tal disposición entraña un riesgo real de dar lugar a una utilización abusiva de este tipo de contratos y, por ende, no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco (sentencias de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94) , Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07 , EU:C:2009:250 , apartados 98 y 100; de 26 de enero de 2012 (TJCE 2012, 9), Küçük, C-586/10 , EU:C:2012:39 , apartado 29, y de 13 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 108) , Márquez Samohano, C-190/13 , EU:C:2014:146 , apartado 47) .*"

Y, tras señalar que la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, " *en la medida en que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a las premisas en que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de duración determinada sea característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades* ", la Sentencia concluye diciendo, en su Fundamento 50, que en la situación de la demandante, los sucesivos contratos para garantizar los servicios hospitalarios " *no parecen responder a meras necesidades temporales del empleador* ". Declarando finalmente que:

" 1) La cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva **1999/70/CE** del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por las autoridades del Estado miembro de que se trate de manera que:

- la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas», en el sentido de dicha cláusula, debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables;

- no existe ninguna obligación de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal **estatutario** temporal eventual que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal **estatutario** temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

2) La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva **1999/70**, debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, que impone que la relación de servicio finalice en la fecha prevista en el nombramiento de duración determinada y que se abone la liquidación de haberes, sin perjuicio de un posible nombramiento posterior, siempre que esta norma no menoscabe el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco, lo que incumbe comprobar al juzgado remitente. "

Pues bien, habida cuenta que, como ha puesto de manifiesto el apelante, que no existían los trabajos de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria ni tampoco los acúmulos de tareas en los que se justifican los nombramientos como personal eventual y las sucesivas prórrogas; que la duración de los proyectos



en los que el mismo trabajaba no coincidían con la duración de los contratos; que los proyectos eran ajenos a las necesidades del puesto de trabajo y que no ha quedado acreditado que la existencia o no de crédito presupuestario fuese decisiva para el mantenimiento del puesto de trabajo al existir otras fuentes de financiación, tal como se desprende de la prueba practicada, debemos concluir que en nuestro caso, lo mismo que en analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esos sucesivos nombramientos tampoco parecen responder a meras necesidades temporales del empleador. En consecuencia, y en coincidencia con las alegaciones efectuadas por el apelante en el mencionado trámite, a las que ya nos hemos referido en los fundamentos anteriores, consideramos que en nuestro caso no existían razones objetivas suficientes para concatenar tantas relaciones distintas durante un período de ocho años, ni que las necesidades fuesen de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinarias, puesto que se han prolongado durante tanto tiempo permaneciendo invariables en forma y función, sin que las descripciones y justificaciones dadas por parte de la Administración en la suscripción y prórrogas de los contratos respondan a la realidad del trabajo realizado por el apelante, constituyéndose dichas fórmulas en una mera pantalla para dar apariencia de legalidad a la relación y eludir el mantenimiento de la misma, generando una ficción jurídica para poder encajar la contratación fraudulenta en el art. 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, bajo la supuesta eventualidad de las tareas.

**QUINTO.-** *Sobre la reposición del recurrente al puesto de trabajo que venía desempeñando cuando fue cesado.*

En relación con la reincorporación del recurrente, se alega en el recurso de apelación que la misma ha de ser, de acuerdo con la jurisprudencia que cita, como trabajador **indefinido** no fijo al servicio de la Administración Pública, figura de creación jurisprudencial surgida para dar respuesta a la situación en que quedaban los trabajadores que habían sido objeto de una contratación temporal en fraude de ley por parte de la Administración, y que arranca de las SSTs de 30 de septiembre y 7 de octubre de 1996, y que se consolida en las de 20 y 21 de enero de 1998 (recursos 317/1997 y 315/1997, Sala de lo Social constituida en Sala General), siendo característica del trabajador **indefinido**, a diferencia del trabajador fijo de plantilla al servicio de la Administración Pública, el haber accedido al puesto de trabajo como consecuencia de la comisión por la Administración de una irregularidad de carácter sustancial en la contratación temporal.

La cuestión ha sido también abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 en el caso Martínez Andrés y otro contra el Servicio Vasco de Salud ( C-184/15 ). En dicha Sentencia, el TJCE, igualmente referida a personal **estatutario** temporal eventual (auxiliar administrativo), recuerda (39) que " A este respecto, debe recordarse que la cláusula 5 del Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo **indefinido** los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo marco deja, en principio, a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo **indefinido**. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada (...)". No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo **indefinido** una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco " el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada ( sentencias de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006, 181), Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 105; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino (TJCE 2006, 229), C-53/04, EU:C:2006:517, apartado 49; de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, apartado 34, y de 23 de abril de 2009 (TJCE 2009, 94), Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartados 161 y 184) " (41); y concluye diciendo (53) que " En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores **indefinidos** no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco ", a lo que añade, dando respuesta a las cuestiones prejudiciales primera y segunda planteadas por el Tribunal superior de Justicia del País Vasco, que " la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar ".



Siendo ilustrativa en ese sentido la STSJ País Vasco de 12 de diciembre de 2016 (recurso 735/2013), donde se señala que " En resumen, el apelante continuará vinculado a la demandada como personal **indefinido** no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su al cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del Auto antes citado se infiere que el actor fue contratado sin atender a los límites objetivos que configuran el contrato de duración determinada ".

En parecidos términos se pronunció esta Sala al resolver el recurso de apelación 371/2012. Decíamos en dicha Sentencia, a propósito de la desviación de poder, lo que sigue:

" Por otro lado, el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998 de 13 de julio, establece que se produce desviación de poder cuando se ejercen potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

Parece evidente que en el presente caso se ha producido tal desviación, toda vez que, puestos de trabajo que en principio deberían estar siendo cubiertos por personal fijo, se están cubriendo con contratos de naturaleza temporal, consiguiendo, mediante esa desviación de poder y utilización retorcida de la norma, un resultado no querido por la misma.

Y es desde esta doble perspectiva como debe afrontarse la decisión del presente caso.

La siguiente cuestión es determinar las consecuencias que dicha irregularidad inicial o sobrevenida tendría para el contrato y por extensión para el trabajador.

A nuestro juicio, en caso de darse ese fraude de ley, implicaría que el contrato debería considerarse, en palabras del Tribunal Supremo, como **indefinido** temporal, y asimilarse en cuanto a sus condiciones y sobre todo en cuanto a la forma de extinción, con los contratos de interinidad, máxime si el puesto, como ocurre en este caso no figura en la RPT a pesar de estar consignado presupuestariamente.

Ello implicaría que los ceses producidos por expiración del tiempo convenido en el contrato no son ajustados a derecho, dado que, al perder su naturaleza de temporal eventual, quedaría sin efecto y virtualidad la cláusula temporal de finalización, motivo por el cual para la extinción de aquéllos sería precisa una resolución expresa de amortización de la plaza concreta ocupada, al igual que ocurre con los contratos de interinidad que se establecen para ocupar una plaza de forma provisional en tanto en cuanto se provee la misma de forma definitiva, hecho éste que no concurre en los presentes casos. También serían posibles otras formas de resolución del contrato como sería sacar la plaza a provisión, una vez formalmente creada en la RPT, y dar por concluido el contrato para el caso de que la vacante fuese cubierta de manera regular por un candidato que no fuera el que de manera transitoria venía desempeñándola.

Como consecuencia de todo ello, el trabajador, al estimarse sus pretensiones, debería ser repuesto a su puesto de trabajo con todos los derechos inherentes a esa reposición, sin perjuicio de las facultades de la Administración para la amortización del puesto de trabajo o para el caso de mantenerlo someterlo al correspondiente proceso selectivo al que debería concurrir el provisionalmente contratado que habría de someterse, estar y pasar por los resultados de ese proceso sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, sin que como se ha dicho, quepa la resolución del contrato por expiración del plazo consignado en el mismo, como así ocurre con los temporales eventuales válidamente celebrados.

A la readmisión del trabajador de manera interina en tanto no se provee el puesto de manera reglamentaria no puede ser obstáculo la inexistencia de vacante formal cuando por la vía de los hechos y la pervivencia del contrato durante largos años se pone de manifiesto su necesidad y la aparición de una vacante estructural de modo que la pasividad o falta de actuación de la Administración para, en su caso, crear y cubrir la plaza, no puede justificar el constante quebranto de las normas que rigen el nombramiento y selección del personal a su servicio. ".

Cuanto antecede ha de ser puesto en relación con el último párrafo del art. 9 de la Ley 55/2003, ya mencionado en el Fundamento Segundo de esta Sentencia, que establece que " Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el 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. ". Pues bien, entendemos que en dicho precepto se contiene un mandato a la Administración sanitaria para que, en los supuestos de nombramientos eventuales para la prestación de los mismos servicios por períodos de doce o más meses en un período de dos años, como sucedió en caso aquí examinado, valore si procede la creación de la plaza en la plantilla del centro; mandato que ha resultado incumplido pese a que la duración del nombramiento, con sus prórrogas, se extendió por un período de tiempo muy superior al de los dos años a que se refiere el precepto. La falta de valoración por parte



de la Administración de la necesidad de la creación de una plaza ha de interpretarse, dadas las circunstancias concurrentes ya examinadas en los anteriores fundamentos, en el sentido de la necesidad de la creación de la plaza estructural era necesaria. En consecuencia, ha de condenarse a la Administración a la creación de una plaza en los términos expuestos.

Llegados a este punto, entendemos que la reposición del apelante al puesto de trabajo en que fue cesado ha de serlo hasta el momento en que la plaza que, en cumplimiento de esta Sentencia, ha de crear el SESCOAM, debe ser ocupada por el apelante, como personal **indefinido** no fijo (o **indefinido** temporal en la terminología del TS), y ello hasta el momento en que se proceda a su provisión definitiva tras el correspondiente proceso selectivo, pues, aunque la provisión temporal de las plazas de nueva creación pueda exigir acudir a fórmulas distintas, el pleno restablecimiento de su situación jurídica pasa en este caso por su provisión en los mencionados términos.

**SEXTO.**- De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las partes que ven vencidas sus pretensiones en la segunda instancia cuando son apelantes, deberán abonar las costas procesales. En nuestro caso, al estimarse el recurso de apelación, no ha lugar a efectuar pronunciamiento de condena en costas en esta instancia. Sin que proceda tampoco condenar en costas a la Administración demandada habida cuenta de las dudas de hecho y de derecho que la cuestión ha planteado a la Sala.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS:**

- 1.- Estimamos el recurso de apelación.
- 2.- Revocamos la Sentencia apelada.
- 3.- Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto.
- 4.- Anulamos las resoluciones de cese del actor recurridas.
- 5.- Condenamos a la Administración demandada a que reponga al apelante al puesto de trabajo que venía desempeñando cuando fue cesado, como **indefinido** no fijo, debiendo procederse a la creación de la plaza estructural en la plantilla del centro, la cual será ocupada por él hasta su provisión definitiva en legal forma. Ello con todos los derechos económicos y administrativos inherentes a dicha reposición desde el día siguiente a su cese considerando como tiempo de trabajo los que van desde aquella fecha hasta su reincorporación con abono de las cantidades dejadas de percibir, descontando las que durante ese periodo de tiempo hubiese percibido incluyendo las seguras de desempleo.
- 6.- No hacemos pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales en ninguna de las dos instancias.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente Sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA .

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

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a diez de marzo de dos mil diecisiete.