



Roj: **STS 1416/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1416**

Id Cendoj: **28079130042020100121**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **28/05/2020**

Nº de Recurso: **6161/2017**

Nº de Resolución: **607/2020**

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

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2939/2017,**
ATS 3500/2018,
STS 1416/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 607/2020

Fecha de sentencia: 28/05/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6161/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 6161/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 607/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva



D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 28 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 6161/2017, interpuesto por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, representado por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia y defendido por el letrado don Oscar Ochoa da Silva, contra la sentencia n.º 519/2017, de 12 de septiembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación n.º 166/2017, interpuesto por doña. Sonia contra la Sentencia n.º 259/2016, dictada el 9 de diciembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de Vitoria, en el Procedimiento Abreviado n.º 182/2016, en el que se impugnó el cese que ponía término a su nombramiento eventual.

Se ha personado, como recurrida, doña Sonia, representada por el procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo y defendida por el letrado don José Ignacio Zubiaga Nieva.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación n.º 166/2017, seguido en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 12 de septiembre de 2017 se dictó la sentencia n.º 519, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLA

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Apelación formulado por D^a. Sonia contra la Sentencia nº 259-2016 dictada el 9 de diciembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de Vitoria en el Procedimiento Abreviado nº 182-2016 y, en consecuencia, revocándola, anulamos el cese de la recurrente y condenamos a la demandada a readmitirla, a abonarle las retribuciones dejadas de percibir y a considerar a todos los efectos como de servicio efectivamente prestado todo el tiempo transcurrido desde el cese hasta la readmisión y a mantenerla en el puesto hasta que el mismo se cubra por su titular o sea amortizado previa determinación, en ejecución de Sentencia, de cual de los dos puestos vacantes pero reservados a sus respectivos titulares es el que cubría la demandante, todo ello con imposición de las costas procesales de la instancia a la demandada.

No se efectúa condena en las costas procesales generadas en la Apelación".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, que la Sala de Bilbao tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas y personados el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, en representación de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, como parte recurrente y el procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, en representación de doña Sonia, como parte recurrida, por auto de 2 de abril de 2018 la Sección Primera de esta Sala acordó:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Osakidetza/Servicio Vasco de Salud contra la sentencia de 12 de septiembre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en el recurso de apelación núm. 166/2017.

Segundo. Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

Si, constatada una utilización en fraude de ley de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, el afectado tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, los artículos 4.b, 9.3 y 33 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios



de Salud; el artículo 55.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; y el artículo 103.3 de la Constitución.

Cuarto. Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comuníquese inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Cuarta, se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

QUINTO.- Por escrito de 29 de mayo de 2018, el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, en representación de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, formalizó el recurso alegando la aplicación errónea de la Directiva 1999/70/CE y la vulneración de los principios de mérito y capacidad.

Señaló como infringidos los artículos 9, 4 b) y 33.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (EMPE); el art. 55.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015: Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 103.3 de la Constitución.

Y suplicó a la Sala que dicte sentencia estimatoria del recurso de casación, revocando la recurrida.

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 8 de junio de 2018, el procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, en representación de doña Sonia, se opuso al recurso por escrito de 17 de julio de 2018, en el que solicitó a la Sala que dicte sentencia desestimatoria del recurso de casación presentado, confirmando íntegramente la recurrida.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública.

OCTAVO.- Mediante providencia de 13 de febrero de 2020 se señaló para votación y fallo el día 14 de abril siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

NOVENO.- El 19 de mayo de 2020 han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso conforme a la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y la sentencia recurrida.*

Doña Sonia fue contratada como personal eventual de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud con categoría de auxiliar administrativo el 21 de marzo de 2012 y hasta el 30 de abril de 2012. Su contrato fue recibiendo sucesivas prórrogas de 1 de mayo, 28 de junio, 16 de septiembre, 1 de octubre, 18 de octubre, 19 de octubre, 19 de noviembre, 1 de diciembre, todas de 2012; de 16 de enero, 16 de junio, 16 de noviembre de 2013, de 1 de mayo y 1 de noviembre de 2015 hasta su cese el 20 de marzo de 2015. En concreto, su nombramiento fue de auxiliar administrativo de atención al usuario, en el Servicio de Admisión del Servicio de Urgencia del Hospital Universitario Araba en Txgorritxu. Se le contrató con una jornada reducida al 50%, pues tenía por objeto la prestación de servicios como refuerzo de noche en horario de 22:00 a 02:30 horas.

Contra su cese interpuso el recurso contencioso-administrativo n.º 182/2016 que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de los de Vitoria, por su sentencia n.º 259/2016, de 9 de diciembre, desestimó. La razón de la desestimación fue, precisamente, el carácter eventual y no interino del nombramiento, el cual –decía la sentencia de instancia– no se vinculaba a ningún puesto, tenía señalada su duración máxima y respondía a la necesidad de reforzar el servicio.

Apelada esa sentencia por la Sra. Sonia alegando fraude de ley en su nombramiento, la Sala de Bilbao falló a su favor, estimó su recurso, anuló la de instancia y la actuación administrativa impugnada y condenó a Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, a readmitirla, a abonarle las retribuciones dejadas de percibir y a considerar a todos los efectos como de servicio efectivamente prestado el tiempo transcurrido desde el cese hasta la readmisión. Y, también, a mantenerla en el puesto hasta que se cubriera por su titular o fuera amortizado, previa determinación en ejecución de sentencia de cuál de los dos puestos vacantes reservados a sus titulares era el que cubría.

La Sala de Bilbao expone, en primer lugar, los datos esenciales de la organización del Servicio de Urgencia del Hospital correspondientes a auxiliares administrativos de atención al usuario. Señala que eran diez los puestos funcionales dotados de su respectivo código. De ellos, dice, dos estaban sin cubrir, pero con reserva para sus



titulares y los ocho restantes eran cubiertos por nueve personas, ya que uno de ellos era atendido por dos. Además, había cinco empleados eventuales, entre los que se encontraba la Sra. Sonia . Explica la sentencia de apelación que los turnos se cubrían de manera que cada día libran tres. En este punto avanza –apreciación que después confirmará– que el análisis de los distintos nombramientos evidencia una necesidad estructural de puestos funcionales y no encuentra explicación razonable ni racional a que haya puestos cubiertos por dos empleados, otros vacantes no atendidos por interinos y que nada menos que un tercio de la plantilla sea eventual. Y, frente a ello, destaca que la Administración se limita a alegar sin prueba alguna que hay una necesidad ocasional de cobertura del servicio mediante la contratación eventual.

Además, tiene por acreditado que se utiliza para describir su causa "una descripción genérica, imprecisa, tan polivalente que en realidad no puede tenerse más que como una mera expresión formal, ritual, pero no como válida mención de una causa que ha de ser, precisamente, para evitar su utilización fraudulenta, específica y clara".

Sigue observando que Osakidetza-Servicio Vasco de Salud no justificó la necesidad coyuntural de personal y dice que esa falta de prueba –en la que ve indicio de uso fraudulento ante el importante número de empleados de la plantilla de servicio– junto a la inconcreción de la causa del empleo temporal, su extensión en el tiempo y la existencia de puestos funcionales vacantes muestran la necesidad estructural. Y que se ha utilizado de nuevo abusivamente el empleo temporal pues "no se trataba de solventar una necesidad temporalmente limitada de prestar determinados servicios sino la necesidad indefinida, estructural, de atender las necesidades del propio servicio, las necesidades ordinarias del mismo en suma".

Ya respecto de la situación de la recurrente dice que:

"aparece en este nombramiento, al igual que en el de la actora, la referencia a que se trata de prestar el servicio de un puesto funcional vacante en tanto se procede a su provisión reglamentaria. Como hemos visto en el apartado anterior nada de esto se reflejaba en el nombramiento eventual allí analizado y tampoco se menciona nada de esto en el nombramiento que examinaremos después y todo esto nos permite inferir que realmente no ha habido error alguno puesto que como hemos visto sí que había plazas vacantes y necesidad de prestar el servicio".

Juzga, a continuación, irrelevante que la Sra. Sonia no impugnara el plazo de duración de su nombramiento

"(...) porque las normas que regulan la temporalidad son imperativas, indisponibles para las partes. La apelante, en segundo lugar, fue nombrada inicialmente no por el máximo legal sino por un período considerablemente inferior y, por último, la apelante, en circunstancias normales, ordinarias, y nada hace pensar que hayan sido otras, no toma conocimiento de la organización del Servicio y de la realidad del fraude sino durante el desarrollo del nombramiento. No constando dato alguno que permita considerarla copartícipe del fraude en la contratación –y esta circunstancia desde luego que en ocasiones se presenta– no es factible hacerla copartícipe de las consecuencias en el sentido de impedirle la obtención de los resultados correspondientes a la aplicación de la norma imperativa eludida".

Al continuar su razonamiento, la sentencia de apelación se fija en que otro de los nombramientos eventuales se formalizó para sustituir a un eventual sin mencionar quién era el sustituido ni por qué se le sustituía y, tras reiterar que eran dos los puestos funcionales no cubiertos y que había "una razonablemente evidente necesidad de varios empleados y un nombramiento eventual fraudulento", dice:

"En el art. 9 de la Ley 55-2003 reguladora del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud podemos observar que los nombramientos eventuales, interinos y de sustitución obedecen a necesidades diferentes de suerte que no le es factible a la entidad que gestiona el servicio sanitario el optar indistintamente entre uno y otro, de modo que si la causa objetiva concurrente justifica la aplicación de uno de ellos, por ejemplo el de interinidad, no se podrá emplear el otro, esto es, el nombramiento eventual y si en fraude de ley la entidad competente así actuase la consecuencia sería la aplicación de la modalidad de nombramiento correspondiente ex art. 7 del Cc.

El nombramiento de interinidad presupone un puesto funcional vacante, el de sustitución presupone también un puesto funcional pero en este caso su titular está ausente por razones temporales que imponen la reserva en su favor del mismo y, por último, la eventualidad trata de resolver la necesidad de atender servicios determinados, de naturaleza temporal y extraordinarios, ocasionales, coyunturales, sin que exista previamente un puesto funcional de suerte que si transcurre el plazo que fija la norma y se mantiene tal necesidad la gestora del servicio debe analizar si procede crear el puesto en su estructura.

En el supuesto de autos ya hemos analizado pormenorizadamente que existían y existen dos puestos funcionales con reserva en favor de sus titulares una vez que retornen al servicio tras expirar la causa que les ha facultado para ausentarse; y hemos visto también como la necesidad de las funciones que atiende la



apelante, similares a las de estos dos puestos citados, es permanente y estructural; hemos visto como tan solo en su nombramiento y en otro se hace mención a que su extensión temporal será hasta que el titular del puesto retorne con lo que es clara su relación con la cobertura de las actividades propias de los reiteradamente citados dos puestos temporalmente vacantes y reservados en favor de sus titulares; incluso hemos visto como la demandada a pesar del tiempo transcurrido y del elevado número de nombramientos eventuales no se ha planteado el estudio que resulta del art. 9 de la Ley 55-2003 citada, esto es, analizar los hechos para verificar la necesidad estructural y crear formalmente los puestos, omisión que realmente, a la vista en conjunto de la situación que hemos descrito, lo que hace es evidenciar que se pretende continuar con la sucesión de nombramientos eventuales a pesar de que no concurre el supuesto fáctico para ello.

La demandada ha utilizado así, en fraude de ley, una modalidad de nombramiento que ha de ser corregida mediante la aplicación de la procedente, esto es, la de sustitución, ex art. 7 del Cc.

El recurso ha de ser por todo lo anterior estimado en su integridad".

Termina la sentencia de apelación señalando que la solución no es diferente de la alcanzada por la Sala en las apelaciones n.º 625 y 735/2013 aplicando, porque la considera completamente trasladable, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 que resuelve los asuntos acumulados C-184 y C-197/2015.

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Tal como hemos indicado en los antecedentes, el auto de la Sección Primera de 2 de abril de 2018 que ha admitido este recurso de casación aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en resolver sobre el siguiente extremo:

"Si, constatada una utilización en fraude de ley de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), el afectado tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento".

Además, dicho auto identifica como preceptos que han de ser interpretados los artículos 4 b), 9.3 y 33 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud; el artículo 55.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; y el artículo 103.3 de la Constitución.

En sus razonamientos la Sección Primera explica que ya ha admitido los recursos de casación n.º 785 y 1305/2017, seguidos contra las sentencias de la Sala de Bilbao que resolvieron las apelaciones n.º 625 y 735/2013, es decir las mencionadas por la que es objeto de nuestro enjuiciamiento.

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dedica un primer grupo de argumentos a "la consideración de la existencia de un nombramiento de sustitución en la relación de servicios que la vincula con dedicación parcial al 50%" y afirma, en primer lugar, que la sentencia infringe los artículos 9, 4 b) y 33.1 de la Ley 55/2003, así como el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 103.3 de la Constitución, además de aplicar erróneamente la Directiva 1999/70/CE. Después, critica que la sentencia transforme la modalidad de nombramiento eventual en nombramiento de sustitución

Un segundo grupo de argumentos lo dedica al derecho a la indemnización.

Las razones por las que afirma la infracción de los citados preceptos legales son, en síntesis, las que siguen.

Considera el escrito de interposición que la sentencia recurrida es un tanto oscura en lo relativo a la aplicación del artículo 6 (sic) del Código Civil y de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 pues incluye la dictada en esa misma fecha en el asunto C-16/15. Si, efectivamente, se ha aplicado el criterio de estas últimas, dice, entonces se ha introducido una novedad: se ha transformado un nombramiento eventual en otro de sustitución. Esa operación supone la infracción de los preceptos legales invocados. Ante todo, del artículo 9 de la Ley 55/2003, cuyo apartado 3 reproduce y recuerda que la finalización del nombramiento de la Sra. Sonia estaba expresamente recogida en él, al igual que sus prórrogas y que también consta el motivo del cese. Por tanto, concluye, no es aplicable la doctrina europea ya que se refiere al abuso de los contratos temporales que aquí no existe ya que desde el principio se fija un plazo máximo que no puede rebasarse con las prórrogas. Apunta, igualmente, que no toda renovación de contratación temporal



merece la consideración de abusiva para el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE, ya que admite la posibilidad de que existan razones objetivas que la justifiquen.

En este punto, vuelve a recordar que el artículo 9.3 de la Ley 55/2003 establece el cese del personal eventual cuando vence el plazo de su nombramiento y añade que el artículo 26.5 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, fija ese plazo en el máximo de tres años. Y, subraya, en este caso la relación terminó al concluir ese límite. Habiéndose respetado, prosigue, no puede haber abuso en la utilización de la contratación sucesiva mediante diversas renovaciones y no viene exigida la transformación del vínculo contractual eventual en otro de interinaje o sustitución.

Después, nos dice que los principios y criterios informadores de la ordenación del personal estatutario establecidos en el artículo 4 de la Ley 55/2003 y en el artículo 103.3 de la Constitución, junto al derecho a la protección de la salud y al deber que su artículo 43 impone a los poderes públicos de tutelarla, "deben considerarse como los elementos que impiden efectuar el juicio de similitud entre los contratos o relaciones laborales de duración determinada y el personal estatutario de carácter eventual". El tiempo acumulado, dice, no altera la calificación jurídica de la relación de empleo eventual si se mantiene dentro de la duración máxima prevista legalmente.

Tampoco puede producir esa transformación, sigue diciendo el escrito de interposición, el desarrollo *de facto* de funciones propias de una vacante o estructurales. Aquí, resalta, no había una plaza estructural, una vacante con su código que corresponda al nombramiento a tiempo parcial de la Sra. Sonia, y se le cesó por el transcurso de los tres años indicados.

La infracción del artículo 4 b) de la Ley 55/2003 se produce, a juicio del recurrente porque, al cambiar el nombramiento de la Sra. Sonia de eventual al de sustitución, vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad pues el puesto funcional cuyo titular estaba ausente temporalmente debía cubrirse conforme a esos principios mediante el procedimiento previsto al efecto. Además, los puestos funcionales no cubiertos reservados a sus titulares – NUM000 y NUM001 – tienen fecha de preceptividad lingüística vencida y exigible (PL2 de euskera) y no consta si la Sra. Sonia tiene ese nivel. Estas mismas razones, dice el escrito de interposición, explican la infracción de los artículos 33.1 de la Ley 55/2003, 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y 103.3 de la Constitución.

Vuelve, a continuación, sobre la transformación de la modalidad de nombramiento que opera la sentencia de apelación para insistir en el interés casacional objetivo de este recurso de casación ya que no hay jurisprudencia y es evidente que una situación similar se produce en los demás servicios de salud, pues la función pública sanitaria debe garantizar la asistencia sanitaria veinticuatro horas al día los 365 días del año y para ello es precisa la contratación temporal. Y alega, en apoyo a la postura contraria a trasladar la doctrina de la jurisdicción social al ámbito del personal estatutario, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2016 (recurso n.º 679/2015), n.º 181/2016, de 29 de marzo (recurso n.º 531/2015), n.º 525/2016, de 7 de octubre (apelación n.º 82/2016).

Termina este primer grupo de argumentos sosteniendo que, de considerarse abusiva la utilización sucesiva de nombramientos temporales, la única consecuencia posible es la prevista por el artículo 9.3 de la Ley 55/2003: estudiar la necesidad de crear una plaza estructural y, de crearla, proveerla con personal fijo o, en último caso, por personal estatutario interino, sin que la persona que recibió los nombramientos temporales deba ser necesariamente la que tenga derecho a ella.

Respecto del derecho a la indemnización al que se refiere el auto de admisión, recuerda el escrito de interposición que --a diferencia de lo que hicieron las sentencias de las apelaciones n.º 625 y 735/2013, objeto de los recursos de casación n.º 785 y 1305/2017-- la que nos ocupa no concedió ninguna pues ni la demanda ni la apelación la pidieron.

B) El escrito de oposición de doña Sonia.

Reprocha, en primer lugar, al escrito de interposición desviarse del objeto de la cuestión en la que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. La recurrente en casación, dice la Sra. Sonia, se ha limitado a repetir el escrito de preparación, afirmando que no había fraude y que no es aplicable la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, de cuanto plantea el auto de admisión el escrito de interposición solamente se ocupa de la indemnización y, además, para decir que el auto de admisión la incluye por error. Por eso, sostiene que el recurso de casación debe ser desestimado íntegramente porque nada dice sobre la cuestión planteada por la Sección Primera.

Además, siendo el escrito de interposición una copia del de preparación, observa que falta el interés casacional porque la Administración no ha considerado ni siquiera indiciariamente los extremos que debía abordar. Por eso, concluye, debería ser inadmitido.



Rechaza, después, la Sra. Sonia que la sentencia de apelación infrinja el artículo 9.3 de la Ley 55/2003. Mantiene que el escrito de interposición hace una lectura parcial e interesada de la jurisprudencia europea que no se aviene con la parte dispositiva de las sentencias del Tribunal de Justicia, de la que resulta clara la contravención representada por la utilización abusiva de contratos temporales para garantizar necesidades permanentes y estables. Dice, también, que quedó acreditada la existencia de sucesivos contratos temporales para necesidades de esa naturaleza y de un evidente déficit estructural de puestos fijos satisfecho por contrataciones eventuales e interinas.

Alega, igualmente, la Sra. Sonia que los preceptos estatales que considera infringidos la Administración se alegan de manera instrumental respecto del fondo que es, subraya, meramente autonómico. Los preceptos a que se refiere directamente el recurso, precisa, son el artículo 26 de la Ley vasca 8/1997 y el acuerdo de 9 de mayo de 2011 del Consejo de Administración de Osakidetza- Servicio Vasco de Salud, sobre elaboración y gestión de las listas de contratación temporal. Asimismo, repara en que, entre los preceptos que dice la recurrente en casación infringidos, no hay ninguno de Derecho Europeo y en que los estatales tienen desarrollo autonómico pero, indica, "realmente el soporte jurídico de apoyo de toda la tesis dialéctica desplegada se configura en torno al plazo de tres años" con lo que, "hace fácilmente entender que lo principal es el enjuiciamiento de esta última norma legal", refiriéndose al artículo 26.3 indicado.

Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid invocadas por la Administración tienen, dice la Sra. Sonia, una relación fáctica distinta de la de autos y son anteriores a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aquí trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 232/2015 antes de señalar que, habiendo una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia, corresponde velar por la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Afirma, además, que el escrito de interposición pretende incorporar hechos nuevos referidos a los perfiles lingüísticos de las plazas vacantes, lo que no aparece en el escrito de preparación, es ajeno al interés casacional apreciado y supone una desviación procesal. De igual modo, reprocha que las sentencias de la Sala de Madrid que cita no fueron mencionadas en la preparación. Todo ello, afirma, ha de llevar a la desestimación del recurso de casación.

Subsidiariamente, por si los razonamientos anteriores no fueran impedimento para entrar en el examen del asunto, nos dice la Sra. Sonia que se ha de partir del hecho probado de la existencia de fraude en su contratación o nombramiento y que nada se alega por la recurrente en casación sobre ello. Respecto de las infracciones que se atribuyen a la sentencia de apelación vuelve a decirnos que el planteamiento de la Administración choca de frente con el principio de la primacía del Derecho de la Unión Europea y reitera la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 232/2015 para acabar indicando que las sentencias de 14 de septiembre de 2016 tienen una incidencia decisiva en este asunto. En ellas, resalta, se declara un derecho al mantenimiento de la relación de empleo al personal que presta sus servicios a la Administración en régimen de Derecho Administrativo, tal como entendió perfectamente la Sala de Bilbao, cuya sentencia, considera la Sra. Sonia, ha de ser confirmada.

Por último y subsidiariamente, sobre los aspectos indicados por el auto de admisión y, más en concreto, sobre el derecho a la indemnización, nos dice que no constituye en este caso una medida de mayor eficacia que la representada por la declaración de personal indefinido no fijo. En este punto pasa a explicar el sentido de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2016 dictada en los asuntos acumulados C-184/2015 y C-197/2015 y precisa que, según la jurisprudencia europea, las consecuencias de incumplir la Directiva 1999/70/CE han de establecerse con arreglo al Derecho interno así como que la respuesta ha de ser suficientemente disuasoria y proporcionada para impedir la reiteración del incumplimiento. Por eso, dice:

"Lo expuesto en la sentencia del TJUE es de íntegra aplicación al caso aquí enjuiciado, puesto que mi patrocinada ha estado cubriendo necesidades de carácter estructural y permanente, como se reconoce en la resolución impugnada, por lo que si las consecuencias deben ser disuasorias y proporcionadas a la infracción cometida, conforme a la jurisprudencia europea citada, es claro que cumple tales finalidades el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo".

De todo ello extrae dos conclusiones: (i) no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección para el personal que presta servicios a las Administraciones Públicas en régimen de Derecho Administrativo; y (ii) aplicando el régimen de personal indefinido no fijo, la trabajadora seguirá vinculada a la Administración hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se considere su conversión en plaza estructural.

Ya fuera de este caso, apunta que podría plantearse doctrinalmente la posibilidad de combinar esa protección con la de los terceros que tienen reconocido el derecho de acceder a los empleos públicos mediante la sustitución del trabajador indefinido no fijo por quien tuviera derecho a ello según las listas y bolsas de empleo



y la consiguiente indemnización del indefinido no fijo. Pero en este caso, destaca, no consta ningún interesado. Y ese el único supuesto, precisa, en que las Salas territoriales han entendido aplicable la indemnización.

Por lo demás, señala (i) que el acuerdo de 9 de mayo de 2011 del Consejo de Administración de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, en su apartado segundo, dedicado a las modalidades de nombramientos, prioriza al trabajador eventual que viene desarrollando sus funciones respecto a un posible nombramiento interino en caso de creación de una plaza estructural para la prestación de los mismos servicios; (ii) que la tesis indemnizatoria conculcaría el principio de economía y eficacia constitucional pues no sólo implicaría resarcir al trabajador indefinido no fijo sino también al interino preferente que, asimismo, podría pedir daños y perjuicios, sin contar con que habría que incluir como causa de cese el despido; y (iii) que es pacífico que, ante el fraude en la contratación temporal, la sanción ha de ser el mantenimiento del trabajador en su puesto de trabajo.

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación y del recurso de apelación y la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.*

A) Precisión sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia apreciado por la el auto de admisión.

Según se ha visto ya, la Sección Primera nos dice en los razonamientos jurídicos del auto de admisión que en este recurso de casación, los argumentos expuestos en el escrito de preparación llevan – al igual que en los que había admitido anteriormente y llevan los números 785 y 1305/2017 seguidos contra las sentencias que resolvieron las apelaciones 625 y 735/2017 a las cuales se remite la sentencia recurrida– a apreciar que tienen interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia estas cuestiones:

"1ª. Si, constatada una utilización en fraude de ley de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicha persona.

2ª. Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva o en fraude de ley, de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento".

No obstante, en la parte dispositiva el auto de 2 de abril de 2018 dice:

"Segundo. Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

Si, constatada una utilización en fraude de ley de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, el afectado tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento".

Considera la Sala que la diferencia entre lo consignado en los razonamientos jurídicos y en la parte dispositiva obedece a un error material de transcripción que ha llevado a la omisión en esta última de parte del texto y que, en consecuencia, debemos completarla estando a lo que consta en dichos razonamientos. Así, pues, la cuestión determinante del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, tal como, por otro lado, lo han entendido las partes, es la misma que se advirtió en los recursos de casación n.º 785 y 1305/2018.

B) No apreciamos desviación procesal ni razones para rechazar el recurso de casación por motivos formales.

Aclarado ese extremo, tal como hemos visto, el escrito de oposición reprocha al de interposición no atenerse a la cuestión en que se apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, introducir hechos nuevos e invocar sentencias no mencionadas en el escrito de preparación. Sin embargo, lo cierto es que Osakidetza-Servicio Vasco de Salud critica los fundamentos en que descansa el fallo de la sentencia de apelación y mantiene que se equivocó al advertir fraude y al considerar que las sentencias del Tribunal de Luxemburgo contemplan supuestos no distintos al presente, para rechazar la procedencia de la transformación del nombramiento de la actora de eventual en uno de sustitución. Ese planteamiento no puede considerarse desviado respecto de lo que se preguntaba pues se dirige a impugnar la premisa desde la que el auto de admisión formula la pregunta que debemos responder. Tampoco supone desviación que el escrito de interposición considere un error preguntar por el derecho a la indemnización, punto en el que, además, aunque sea por razones bien diferentes, viene a coincidir con la Sra. Sonia sobre la inexistencia de debate al respecto.



No estamos, por otra parte, ante un litigio que verse exclusivamente sobre Derecho autonómico. Los preceptos de la Ley 55/2003, la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco anexo a ella, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no son ajenos, sino todo lo contrario, al debate planteado. Y el dato del perfil lingüístico de las plazas vacantes tampoco es relevante, como se verá, para la solución del litigio.

En fin, el escrito de interposición no tiene el mismo sentido que el de preparación pero nada le impide recoger los argumentos ya expuestos en éste que sirven para afrontar los extremos indicados en el artículo 92.3 de la Ley de la Jurisdicción, entre los que se cuentan el sentido de las pretensiones deducidas y de los pronunciamientos solicitados.

C) Las sentencias n.º 1425 y 1426/2018, de 26 de septiembre, dictadas en los recursos de casación n.º 785 y 1305/2017.

Despejado el obstáculo opuesto por la Sra. Sonia, hemos de decir que hemos resuelto ya esos dos recursos de casación mediante nuestras sentencias n.º 1425 y 1426/2018, ambas de 26 de septiembre. Abordan las mismas cuestiones de fondo que tenemos ahora ante nosotros y, en especial, en la primera, que contemplaba, como aquí ocurre, el cese de una eventual de Osakidetza- Servicio Vasco de Salud a la que se le había renovado durante años su nombramiento con la sola justificación de las necesidades de servicio. En cambio, en la segunda sentencia se afronta el cese por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en 2012 de un arquitecto nombrado técnico de Administración Especial interino en 1993. En ambos casos, la Sala de Bilbao promovió cuestión prejudicial y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las resolvió en su sentencia de 14 de septiembre de 2016. Conforme a ella fueron estimadas las apelaciones y se reconoció a los recurrentes la condición de personal indefinido no fijo.

Nuestras sentencias llegaron en los dos asuntos a la conclusión de que había actuación abusiva de las Administraciones concernidas en el uso de la contratación temporal y se aplicaron el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE pero corrigieron a las de la Sala de Bilbao por no considerar procedente reconocer a los recurrentes la condición de indefinidos no fijos. En su lugar, les reconocieron la subsistencia de la relación de empleo en tanto las Administraciones concernidas no aplicaran, respectivamente, el procedimiento previsto en el artículo 9.3 de la Ley 55/2003, en el primer caso, y hasta que la corporación municipal cumpliera lo prescrito en el artículo 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público en el segundo.

Previamente, una y otra sentencia afirman que no es aplicable la jurisprudencia social sobre la conversión, en caso de abuso, del personal temporal –sea estatutario eventual o interino– en personal indefinido no fijo.

Si nos fijamos en el recurso de casación n.º 785/2017 –el resuelto por nuestra sentencia n.º 1425/2018– Osakidetza-Servicio Vasco de Salud imputó a la de apelación infringir el artículo 9.3 de la Ley 55/2003 por reconocer a la actora la condición de personal indefinido no fijo y alegó la infracción de los preceptos que consagran los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Del mismo modo, alegó en defensa de su actuación que los ceses se produjeron dentro del límite de los tres años fijado por la Ley vasca 8/1997, alegación efectuada también en este pleito. Se tuvieron en cuenta, igualmente, las peculiaridades de la función pública sanitaria derivadas del artículo 43 de la Constitución y se discutió sobre la aplicabilidad de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco anexo a ella hasta tal punto que son los que utiliza para fallar en el sentido señalado, una vez establecida la interpretación clara sentada por el Tribunal de Justicia respecto del caso en el que la Sala de Bilbao no encontró justificación objetiva para el uso sistemático del nombramiento eventual.

D) La doctrina sentada por el Tribunal de Justicia que tuvieron en cuenta dichas sentencias n.º 1425 y 1416/2018 y su reciente confirmación.

Conviene recordar la respuesta que dio el Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial y la que recientemente ha expresado sobre la utilización abusiva por la Administración de los nombramientos temporales para cubrir necesidades permanentes.

El Tribunal de Luxemburgo, en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos acumulados C-184 y C-197/2015, dijo:

"1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a 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 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.

2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión".

Desde la idea de que los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral, esa cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, mira a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de contratos temporales y reclama a los Estados, a falta de medidas legales equivalentes que los prevengan, que introduzcan una o varias de estas 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".

Y en su apartado 2 añade:

"2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido".

Recientemente, el Tribunal de Justicia ha vuelto sobre esta cuestión en su sentencia de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18. El primero se refiere a personal estatutario interino cesado años después de haber sido nombrado y al que la Comunidad de Madrid se había negado a reconocer la condición de personal estatutario fijo o, subsidiariamente, la de empleado público con estatuto similar. Y el segundo a quien había sido personal estatutario temporal, también con muchos nombramientos sucesivos a lo largo de los años.

Esta sentencia dice que:

"no puede admitirse que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C: 2016:679, apartado 47)".

Además, afirma:

"76. En efecto, 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 conforme a la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la 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 sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C:2016:679, apartado 48 y jurisprudencia citada).

77. La observancia de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco requiere que se compruebe concretamente si la renovación sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender necesidades provisionales y si una disposición como la controvertida en los litigios principales no se utiliza, de hecho, para cubrir necesidades permanentes y estables del empleador en materia de personal (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C:2016:679, apartado 49 y jurisprudencia citada)".

Por eso, habida cuenta de que los Juzgados remitentes señalaron la existencia de:



"un problema estructural en el sector público de la sanidad española, que se traduce en un elevado porcentaje de empleados públicos temporales, quienes constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de dicho sector, así como en la inexistencia de límites máximos al número de relaciones de servicio de duración determinada sucesivas y en el incumplimiento de la obligación legal de proveer los puestos temporalmente cubiertos por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con una relación de servicio de duración indefinida".

Concluye que la cláusula 5 del Acuerdo Marco:

"se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales en virtud de las cuales la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada se considera justificada por "razones objetivas", con arreglo al apartado 1, letra a), de dicha cláusula, por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en esa normativa, es decir, razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en la medida en que dicha normativa y jurisprudencia nacionales no impiden que el empleador de que se trate dé respuesta, en la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal".

Sobre las medidas idóneas para sancionar ese proceder de las Administraciones Públicas, el Tribunal de Justicia dice que:

"la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en "indefinidos no fijos" y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición".

Y confirma que el consentimiento del empleado público afectado no priva de carácter abusivo a la reiteración de nombramientos o contratos temporales para atender necesidades permanentes, así como que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su ordenamiento interno y mediante los métodos de interpretación que reconoce, han de hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme al objetivo que persigue.

E) La solución que ha de darse al presente litigio.

Del contraste entre las situaciones de la Sra. Sonia, por un lado, y de la recurrente que obtuvo un fallo en parte favorable en nuestra sentencia n.º 1425/2018, por el otro, las diferencias advertidas son estas: (i) la duración de la respectiva relación de empleo, de tres años, aquí, mientras que fueron muchos más entonces; (ii) la constatación por la sentencia de apelación de que las funciones para cuyo desempeño fue nombrada personal eventual la Sra. Sonia eran permanentes, estructurales, mientras que en aquel caso no había llegado a establecerse ese hecho; y (iii), mientras que ahora estamos ante la calificación del nombramiento como de sustitución y se restablece a la recurrente en su empleo en tanto no regrese su titular o se amortice, previa determinación, en ejecución de Sentencia, de cuál de los dos puestos vacantes pero reservados a sus respectivos titulares es el que cubría la demandante, allí se reconoció a la recurrente la condición de indefinida no fija hasta que se aplicara el expediente del artículo 9.3 de la Ley 55/2003.

Las dos primeras diferencias no son de entidad suficiente para excluir la sustancial identidad entre los casos ni, por tanto, impedir que se siga aquí la misma idea principal que inspira a la sentencia n.º 1425/2018. No es otra que la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE. La reiteración de nombramientos es común y la utilización indebida del nombramiento eventual también.

La tercera diferencia, aun dentro de la misma finalidad perseguida por la sentencia n.º 1425/2018, sí impone una distinta solución. En efecto, el nombramiento eventual de la Sra. Sonia – según el examen de los hechos efectuado por la Sala de Bilbao, no desvirtuado por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud– se hizo para atender una necesidad estructural, permanente, en un puesto funcional vacante pero reservado a su titular. Por tanto, se daba el supuesto previsto en el artículo 9.4 de la Ley 55/2003. De ahí que la sentencia de apelación –que antes ha diferenciado las variedades de personal estatutario temporal– le reconozca el derecho a mantenerse en el puesto del que fue cesada hasta la reincorporación de su titular o la amortización del mismo.

En consecuencia, no nos enfrentamos a la aplicación de la jurisprudencia laboral sobre la conversión de puestos temporales en indefinidos no fijos cuando media abuso del empleador, sino al restablecimiento del régimen previsto por el artículo 9 de la Ley 55/2003, habida cuenta de que se ha cesado a quien fue



nombrada personal estatutario eventual cuando, en realidad, era de sustitución del titular del puesto sin que se reincorporara éste ni hubiera perdido el derecho a hacerlo. Se trata, pues, de un supuesto semejante al que afrontamos en nuestra sentencia n.º 1224/2019, de 24 de septiembre (casación n.º 1668/2017), en la que ya dijimos que las causas de cese del personal estatutario temporal de sustitución son solamente la reincorporación del titular o su pérdida del derecho a reincorporarse. Esto significa que la Sala de Bilbao no ha seguido la jurisprudencia laboral ni ha acudido a la figura del personal indefinido no fijo sino que se ha servido del ordenamiento jurídico interno, del artículo 9.4 de la Ley 55/2003, para hacer frente al abuso en el empleo público por ella descrito en la sentencia de apelación.

No se dan, por tanto, la circunstancias que llevaron a la estimación parcial de los recursos de casación y contencioso-administrativo en el proceso terminado por la sentencia n.º 1425/2018, de manera que procede desestimar el recurso de casación de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, ya que la sentencia de apelación no infringe los preceptos legales invocados ni aplica erróneamente la Directiva 1999/70/CE ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la ha interpretado.

En cuanto al derecho a la indemnización, dado que no se pidió por la Sra. Sonia, ni se ha planteado por la recurrente en casación no hay que hacer ningún otro pronunciamiento distinto del que hicimos en las sentencias n.º 1425 y 1426/2018.

QUINTO.- *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

Sobre si, frente a la comprobación de fraude de ley en los nombramientos eventuales, la única solución es la conversión del personal estatutario temporal en personal indefinido no fijo o si existen otras medidas de aplicación preferente e igual eficacia para sancionar ese abuso, hemos de decir que, en circunstancias como las concurrentes en esta ocasión, la solución jurídica aplicable consiste en hacer valer el régimen del personal estatutario de sustitución, una vez comprobada que esta es la naturaleza efectiva de la relación de empleo, y mantener al personal estatutario de sustitución en el puesto para el que fue nombrado en tanto no se reincorpore el titular o pierda el derecho a hacerlo.

Y, respecto de, si el afectado por el abuso de nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, aunque, según se ha explicado, no es relevante en este caso, podemos recordar cuanto ya manifestamos en las sentencias n.º 1425 y 1426/2018.

Es decir:

"El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público".

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) No dar lugar al recurso de casación n.º 6161/2017, interpuesto por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud contra la sentencia n.º 519/2017, de 12 de septiembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de apelación n.º 166/2017 contra la sentencia n.º 259/2016, de 9 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de los de Vitoria.

(2.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.



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

Así se acuerda y firma.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ