

**No pueden concurrir a las convocatorias de provisión de destinos por el sistema de libre designación quienes no sean funcionarios de carrera o personal estatutario fijo**

**Se confirma la sentencia que anuló la resolución del Gerente de Atención Integrada de Cuenta por el que se nombra, para una Jefatura de Grupo no sanitario de esa Gerencia, a un funcionario que no tenía la condición de personal estatutario fijo, por el sistema de libre designación.**

Planteándose en el recurso si el personal estatutario interino de los servicios de salud, en virtud de su vínculo temporal, puede participar o no, mediante el sistema de libre designación, en procesos de provisión de cargos intermedios no sanitarios, la Sala declara que del art. 9 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud y del EBEP, se desprende que la libre designación es una forma de provisión de destino entre empleados públicos que son funcionarios de carrera, lo que no es el caso del personal interino, que está vinculado a la Administración de forma temporal y la causa de su nombramiento no es otra sino el desempeño provisional del concreto puesto mientras esté vacante y sea necesario atenderlo.

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección 4.ª**

#### **Sentencia 212/2023, de 21 de febrero de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 4507/2021

Ponente Excmo. Sr. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

En Madrid, a 21 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 4507/2021 interpuesto por la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, representada y asistida por el Letrado de sus Servicios jurídicos, contra la sentencia n.º 65/2021, de 26 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso de apelación 15/2019 interpuesto frente a la sentencia 288/2018, de 20 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Cuenca en el procedimiento abreviado 589/2018. Ha comparecido como parte recurrida don Gerardo, representado por la procuradora doña Ana Jerónima Gómez Ibáñez y bajo la dirección letrada de don Julio Javier Solera Carnicero.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La representación procesal de don Gerardo interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Cuenca el recurso contencioso-administrativo n.º 589/2018, seguido por los trámites del procedimiento abreviado, contra la resolución de la Dirección Gerencia de Atención Integrada (en adelante, GAI) de Cuenca, de 12 de junio de 2018, por la que se confirma la resolución del Gerente de Atención Integrada de Cuenca, de 27 de abril de 2018, por la que se acuerdan las

designaciones para la provisión de dos jefaturas de grupo no sanitario (mantenimiento) de la GAI de Cuenca

SEGUNDO.- Dicho recurso fue desestimado por sentencia n.º 288/2018, de 20 de noviembre.

TERCERO.- Frente a esta sentencia la representación procesal de don Gerardo interpuso el recurso de apelación n.º 15/2019 ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que fue estimado por sentencia n.º 65/2021, de 26 de marzo.

CUARTO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala, por auto de 4 de junio de 2021, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como recurrente y don Gerardo como recurrido, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 29 de junio de 2022, lo siguiente:

" Primero. Admitir el recurso de casación preparado por el Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla - La Mancha, en nombre y representación del Servicio de Salud de Castilla - La Mancha (SESCAM), contra la sentencia de 26 de marzo de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictada en recurso de apelación 15/2019.

" Segundo. Precisar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: Determinar si el personal estatutario interino de los servicios de salud, en virtud de su vínculo temporal, puede participar o no, mediante el sistema de libre designación, en procesos de provisión de cargos intermedios no sanitarios.

"Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 24 del Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (vigente transitoriamente y con rango reglamentario en virtud de la DT 6.ª.1.c del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), el art. 2 y art.9.5 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, el art. 2.3 y 78 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, el art. 47.1.f de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y, por último, la Cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada, ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso ( art. 90.4 LJCA)."

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 4 de julio de 2022 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

SÉPTIMO.- La representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha evacuó dicho trámite mediante escrito de 15 de septiembre de 2022 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, y a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), interesó, en resumen, que por esta Sala se determine si el personal estatutario interino de los Servicios de Salud,

en virtud de su vínculo temporal, puede participar o no, mediante el sistema de libre designación, en procesos de provisión de cargos intermedios no sanitarios, y se case la sentencia impugnada y se declare la posibilidad, de conformidad con los razonamientos expuestos en su escrito, de que el personal estatutario interino de los Servicios de Salud participe, mediante el sistema de libre designación, en procesos de provisión de cargos intermedios no sanitarios.

OCTAVO.- Por providencia de 23 de septiembre de 2022 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA se dio traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizó la representación procesal de don Gerardo solicitando, en resumen, que se desestime este recurso, se confirme la sentencia impugnada por contener la doctrina correcta y se confirme la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día por su representado, con todos los efectos económicos y administrativos correspondientes desde dicha fecha y lo que proceda en Derecho.

NOVENO.- Considerándose innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones y mediante providencia de 9 de enero de 2023 se señaló este recurso para votación y fallo el 21 de febrero de 2023, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LOS TÉRMINOS DEL LITIGIO.

1. Don Gerardo impugnó la resolución de 27 de abril de 2018 del Gerente de Atención Integrada de Cuenca, por la que se nombra a don Hugo, por el sistema de libre designación, para una Jefatura de Grupo no sanitario (mantenimiento) de esa Gerencia; la razón de impugnar el nombramiento es que el designado no tenía la condición de personal estatutario fijo.

2. La sentencia de primera instancia desestimó el recurso y confirmó tal nombramiento por estos tres motivos:

1.º Porque el artículo 24 del Real Decreto-ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (en adelante, Real Decreto-ley 1/1999), no precisa si el personal estatutario que puede participar en esos procesos debe ser fijo, y el nombramiento se ha hecho conscientemente debido al alto grado de interinidad que se da en los Servicios de Salud.

2.º Lo determinante no es que el aspirante pertenezca a un grupo de clasificación sino que haya desempeñado puestos de dichos grupos y que reúna la titulación exigida para acceder a ellos.

3.º Y, finalmente, por razón de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la no discriminación del personal temporal frente al fijo, tal y como prevé el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada y que incorpora la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (en adelante, Acuerdo Marco).

SEGUNDO.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1. La sentencia estima el recurso de apelación de don Gerardo, declara la nulidad del acto impugnado y su derecho a ser nombrado con todos los efectos económicos y administrativos para el puesto. Sus razonamientos son, en síntesis, los siguientes:

1.º Parte de que " debe declararse categóricamente que el personal estatutario temporal no puede participar en los procesos de provisión de puestos de trabajo, sean por concurso o por libre designación ", pues " *la propia naturaleza del nombramiento del personal estatutario temporal pugna con esta posibilidad* ".

2.º Partiendo del artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante, EMPSS), recuerda que el nombramiento del personal estatutario temporal obedece a razones de necesidad, urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, luego si el nombrado cambia de puesto es porque ya no es necesario en aquel para el que fue designado y si no lo es "*...la razón de su nombramiento decae simultáneamente, de modo que simplemente debe dejar de ser personal estatutario temporal*".

3.º Ese precepto del EMPSS prevé que " el nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante...cuando sea necesario atender las correspondientes funciones; luego si se ha expedido precisamente para esa plaza vacante, es simplemente imposible que pueda tener efectos para otra ni servir de base para "saltar" desde esa plaza a otra ", de forma que el personal estatutario temporal está vinculado con la Administración sólo por razón del puesto que ocupa; conclusión a la que se llega también desde el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, EBEP).

4.º La actuación impugnada crea una situación jurídicamente inaceptable pues no hay un *tertium genus* entre el personal temporal y el fijo, a partir de lo cual plantea cuál es la naturaleza de la relación que une a don Hugo con el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (en adelante, SESCOAM) desde el nombramiento impugnado, va descartando las diferentes hipótesis: no "*puede ser personal estatutario fijo, pues no ha superado los procesos selectivos oportunos*", pero tampoco puede ser personal temporal "*pues no ha sido nombrado bajo los supuestos del art. 9 del [EMPSS] ni está sujeto a los supuestos legales de cese por desaparición de las circunstancias que motivaron el nombramiento*". Y concluye: "[d] e modo que no se sabe, ni es posible saber, cuál es...En suma, se genera una situación completamente *contra legem*...".

5.º Rechaza también la aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, pues la igualdad que declara no se aplica de manera absoluta ya que "*son aceptables las diferencias que son inherentes precisamente al carácter temporal de la relación*".

6.º Que don Hugo sea personal temporal de "larga duración" -de manera abusiva- no permite ignorar nuestro ordenamiento jurídico y así, presumiendo que el juez *a quo* está invocando la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, le recuerda que la jurisprudencia -que cita- del TJUE, declara que tal cláusula no es incondicional ni suficientemente precisa para dotarla de efecto directo, por lo que no desplaza la norma nacional.

7.º Y finaliza así: "[d] e modo que la forma adecuada para que el Sr. Hugo pueda pasar a ser personal fijo es que la Administración convoque los correspondientes procesos selectivos y el Sr. Hugo se presente a los mismos y acceda en buena lid a una plaza fija, o que se adopten las medidas legislativas que correspondan si se entiende que la normativa europea obliga a las mismas. Mientras tanto, no está en poder de la Administración ni de los Tribunales dejar de aplicar las leyes".

8.º De esta manera, concluye que el acto impugnado en la instancia incurre en la causa de nulidad de pleno Derecho del artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, y el alcance de la estimación es que revoca el nombramiento de don Hugo y declara el derecho de don Gerardo a ser nombrado para la plaza en cuestión pues, de no haber nombrado al primero, lo habría sido él, lo que no se discute por la Administración.

### TERCERO.- CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL Y ALEGACIONES DE LAS PARTES.

1. Como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho Quinto, la cuestión de interés casacional es muy concreta: si el personal estatutario interino de los servicios de salud, en virtud de su vínculo temporal, puede participar o no, mediante el sistema de libre designación, en procesos de provisión de cargos intermedios no sanitarios.

2. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sostiene en su recurso de casación lo siguiente, expuesto en síntesis:

1.º El puesto de Jefe de Grupo es un cargo intermedio y según el régimen de plantillas orgánicas del SESCAM el nombramiento para un cargo de tal naturaleza no implica ni cambio de plaza ni de funciones, sino que a las que ya tiene atribuidas y que se desempeñan como personal estatutario temporal se añaden otras funciones complementarias, todo conforme a la Orden de 14 de noviembre de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, del régimen de funcionamiento y estructura de las plantillas orgánicas del SESCAM.

2.º En todo caso el personal estatutario temporal puede participar en procedimientos de provisión de cargos intermedios para lo que reitera lo razonado por la sentencia de primera instancia respecto del Real Decreto-ley 1/1999 e invoca la cláusula 4 del Acuerdo Marco.

3.º Infringe la sentencia de 9 de julio de 2012 (recurso de casación n.º 1691/2009), de la antigua Sección Séptima de esta Sala, y la sentencia n.º 165/2018, de 18 de enero, de la Sala de este orden jurisdiccional de Andalucía, sede de Granada (recurso n.º 1272/2016), de las que no se deduce que para ocupar puestos clasificados como de libre designación, el aspirante deba tener la condición de personal estatutario fijo.

3. Finalmente, se opone al recurso de casación don Gerardo y lo hace en los términos de la sentencia impugnada, a los que añade otros pronunciamientos jurisdiccionales respecto de la interpretación del Real Decreto-ley 1/1999: la sentencia n.º 1325/2013, de 16 de diciembre, de la Sección Séptima de la Sala de este orden jurisdiccional de Madrid (recurso de apelación n.º 539/2013), así como otro pronunciamiento -cuyos datos no concreta- de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

#### CUARTO.- JUICIO DE LA SALA Y DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

1. Hemos resumido los razonamientos de la sentencia de apelación que hacemos nuestros: en lo que es la naturaleza de la relación de servicios de interinidad e inaplicabilidad al caso de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco. Declaramos así, ya a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, que el personal estatutario interino de los Servicios de Salud -como, en general, un funcionario interino- está vinculado a la Administración de forma temporal y la causa de su nombramiento no es otra sino el desempeño provisional -interino- de ese concreto puesto en tanto esté vacante y sea necesario atenderlo.

2. Y derivado de esa naturaleza añadimos que a esa conclusión se llega tanto si estamos al artículo 9 del EMPSS en su redacción aplicable, *ratione temporis*, al tiempo de dictarse el acto impugnado como en su redacción actual; y otro tanto cabe añadir respecto del EBEP: de ambas normas se deduce que la libre designación es una forma de provisión de destinos entre los empleados públicos que son funcionarios de carrera -en este caso, personal estatutario fijo-, lo que no es el caso de quienes no lo son.

3. Finalmente, y de conformidad también con el artículo 93.1 de la LJCA, se resuelve la controversia planteada confirmando la sentencia impugnada; sólo queda añadir que, respecto del régimen y configuración de las plantillas orgánicas, tratándose de las Jefaturas de Grupo de la Gerencia de Asistencia Integrada de Cuenca, lo determinante no es el cometido que asuma el titular, sino cómo se proveen tales Jefaturas y que es mediante libre designación no se discute.

#### QUINTO.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Cuarto.2 y 3 de esta sentencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA contra la sentencia n.º 65/2021, de 26 de marzo, dictada por la Sección Segunda la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en el recurso de apelación n.º 15/2019, sentencia que se confirma.

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

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

Así se acuerda y firma.