

El TS se pronuncia sobre la situación de los trabajadores contratados por un empresario en cuya situación se subroga la Administración, y que posteriormente acceden a la condición de personal estatutario fijo

Se plantea en el recurso si la toma de posesión en una plaza como personal estatutario fijo, por quien previamente ostenta la condición de personal a extinguir en virtud de una sucesión de empleador, impide que se le declare en la situación administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público cuando se trata de mantenerse en la plaza a extinguir originaria.

Al respecto declara la Sala que, en estas circunstancias, el nombramiento como personal estatutario fijo permite optar entre seguir manteniendo la condición de personal laboral con el efecto de que, por ser incompatible con el desempeño de un puesto como personal estatutario fijo, deberá ser declarado respecto de ese puesto en la situación administrativa de excedencia que corresponda.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 4.^ª

Sentencia 914/2024, de 27 de mayo de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2470/2022

Ponente Excmo. Sr. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

En Madrid, a 27 de mayo de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 2470/2022 interpuesto por DON Nemesio, representado por la procuradora doña Laura Lucena Herráez y bajo la dirección letrada de don Carlos Morales Ruiz, frente a la sentencia 8/2022, 13 de enero, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación 53/2021 interpuesto contra la sentencia 560/2020, de 30 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Valencia en el recurso contencioso-administrativo 792/2019. Ha comparecido como parte recurrida la Generalidad Valenciana, representada por la procuradora doña Rosa Sorribes Calle y asistida por la Abogada de sus Servicios Jurídicos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Nemesio interpuso el recurso contencioso-administrativo 792/2019, seguido por los trámites del procedimiento abreviado, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Valencia frente a la resolución de 30 de septiembre de 2019, de la Directora General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad y Salud Pública de la Generalidad Valenciana que resuelve no aceptar la mera declaración de la toma de posesión como personal estatutario fijo, en la categoría profesional de Facultativo Especialista en Anestesiología y Reanimación, desestima la solicitud de declaración de la situación de excedencia por prestación de

servicios en el sector público así como de excedencia voluntaria por interés particular respecto de la categoría estatutaria de Facultativo Especialista en Anestesiología y Reanimación.

SEGUNDO.- Dicho recurso fue estimado por sentencia 560/2020, de 30 de octubre.

TERCERO.- Frente a esta sentencia, la representación procesal de don Nemesio interpuso el recurso de apelación 53/2021 ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que fue desestimado por sentencia 8/2022, de 13 de enero.

CUARTO.- Notificada la sentencia, se presentó ante dicha Sala escrito por la representación procesal de don Nemesio 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 sentenciadora, por auto de 26 de abril 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 don Nemesio como recurrente y la Generalidad Valenciana como recurrida, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 11 de mayo de 2023, lo siguiente:

" 1.º) Admitir el recurso de casación RCA 2470/2022, preparado por la representación procesal de don Nemesio contra la sentencia n.º 8/2022, de 13 de enero, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, en el recurso de apelación n.º 53/2021.

" 2.º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la toma de posesión en una plaza como personal estatutario fijo por persona que previamente ostentaba la condición de personal a extinguir impide el reconocimiento de la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público cuando se trata de mantenerse en la plaza a extinguir originaria.

"3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 66 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en relación con el artículo 8 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. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA."

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 19 de mayo de 2023 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 don Nemesio evacuó dicho trámite, mediante escrito de 30 de junio de 2023, y su pretensión es, la siguiente:

1.º " Fijar como doctrina casacional que el personal laboral a extinguir tiene la condición de empleado público ya que presta servicios para una Administración Pública de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del TRLEBEP y, *por tanto, le resulta de aplicación el régimen general de excedencias previsto en la normativa de función pública y, en particular, le resulta plenamente de aplicación el artículo 10 de la Ley de Incompatibilidades y el artículo 66.1 de la Ley 55/2003.*"

2.º Conforme a tal doctrina, se estime el recurso de casación, se revoque la sentencia impugnada y " (ii) se reconozca el derecho de mi mandante a la adquisición de la condición de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Conselleria de Sanitat como consecuencia de su efectiva toma de

posesión en el Hospital de Vinaròs; y (iii) que le sea concedida la excedencia por prestación de servicios en el sector público en su plaza de personal estatutario ordenándose la adopción de cuantos actos y medidas sean necesarios para hacer efectivo estos derechos ".

OCTAVO.- Por providencia de 10 de julio de 2023 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA, dar traslado a la parte recurrida y personada para que presentase escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que efectuó la representación procesal de la Generalidad Valenciana en escrito de 26 de septiembre de 2023, interesando que se dicte sentencia desestimatoria del recurso por los motivos expuestos en dicho escrito.

NOVENO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 1 de abril de 2024 se señaló este recurso para votación y fallo el 21 de mayo de 2024, fecha en que tuvo lugar tal acto y se designó Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LA SITUACIÓN DEL HOSPITAL DE LA RIBERA.

1. Para una adecuada comprensión del litigio exponemos, ante todo, la situación jurídica del Hospital de la Ribera y, seguidamente, la del ahora recurrente, don Nemesio, para lo cual integramos los hechos según las sentencias de primera instancia y de apelación con los que se deducen de autos y del expediente (artículo 93.3 de la LJCA).

2. Mediante contrato de gestión de servicios públicos por concesión, celebrado el 31 de marzo de 2003 entre "Ribera Salud II, Unión Temporal de Empresas, Ley 18/82" (en adelante, la UTE), y la Consellería de Sanidad, se otorgó a dicha UTE la gestión del Hospital de la Ribera. La concesión sería por quince años. Tal posibilidad era consecuencia de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

3. En la cláusula 17.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas, tras hacer referencia al personal que la UTE incorporaría para ejecutar los servicios, se previó que "[e] *xtinguido el contrato administrativo, se estará a lo dispuesto en el artículo 44 del vigente Estatuto de los Trabajadores o disposiciones normativas que lo sustituyan*". La vigencia de la concesión finalizó el 31 de marzo de 2018, revirtiendo el 1 de abril de 2018 la gestión a la Administración concedente.

4. Antes, la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (en adelante, Ley valenciana 21/2017), reguló en su disposición adicional octava los efectos que para el personal del Hospital de La Ribera tendría la extinción de la concesión y reversión del servicio, y en desarrollo de tal disposición se dictó el Decreto 22/2018, de 23 de marzo.

5. En lo que ahora interesa, tal disposición adicional octava de la Ley valenciana 21/2017 preveía lo siguiente respecto del personal bajo contrato indefinido laboral:

1.º La Administración valenciana se subrogaría como empleador y el personal contratado por la UTE, con arreglo al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, seguiría como "personal a extinguir" hasta el cese conforme a las causas de su artículo 49.

2.º Que las plazas que ocupa ese personal laboral a extinguir se califiquen como propias de personal estatutario, no impide su desempeño transitorio en esa condición de "a extinguir".

3.º Al personal contratado por la UTE, que ya era personal estatutario fijo y que había pasado a la situación administrativa de servicios bajo otro régimen jurídico, según al artículo 65 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante,

EMPSS), se le daba un plazo de tres meses para optar entre mantener la relación laboral, o el reintegro en el servicio activo en los términos del citado artículo 65.

4.º De optar por mantener la vinculación laboral, derivada de su contratación por la UTE, sería declarado en situación administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público (artículo 66 del EMPSS).

5.º El personal que sólo era contratado indefinido podía, obviamente, concurrir a las convocatorias para adquirir la condición de personal estatutario fijo, superando los procesos selectivos con respeto a los principios constitucionales y legales aplicables.

6. Posteriormente, por Ley 8/2018, de 20 de abril, se modificó el artículo 7.4 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana (en adelante, Ley valenciana de Salud), para prever que al extinguirse la relación concesional, la Administración valenciana se subrogaría en la condición de empresario y el personal afectado continuará como personal laboral a extinguir.

SEGUNDO.- LA SITUACIÓN DEL RECURRENTE.

1. Don Nemesio no era personal estatutario y prestaba servicios como facultativo Especialista en Anestesiología y Reanimación para la UTE, mediante contrato de trabajo indefinido de 14 de junio de 1999. Concurrió a un proceso selectivo convocado por resolución de 24 de octubre de 2016, de la Consejería de Sanidad Universal y Salud Pública, superándolo.

2. El 1 de julio de 2019 fue nombrado personal estatutario fijo como Facultativo Especialista en Anestesiología y Reanimación, con destino en el Hospital Comarcal de Vinaroz. Los así nombrados tenían a partir del 15 de septiembre un mes para tomar posesión; de no hacerlo, el efecto sería que "[p] erderán los derechos derivados de su participación en el proceso selectivo. "

3. Como su intención era continuar como contratado laboral indefinido a extinguir en el Hospital de La Ribera, el 15 de septiembre de 2019 presentó un escrito solicitando tomar posesión de la plaza en el Hospital Comarcal de Vinaroz, y que se tramitase la solicitud de declaración en excedencia, con arreglo al artículo 66.1.a) del EMPSS, sin renuncia a los derechos derivados de su participación en el proceso selectivo. El 18 de septiembre siguiente presentó ante la Gerencia de dicho hospital un escrito reiterando su solicitud.

4. Por resolución de 30 de septiembre de 2019 la Administración dictó el acto impugnado en la primera instancia, en la que resolvió lo siguiente:

1.º No aceptó que tuviese "efectividad jurídica alguna la mera declaración de toma de posesión como personal estatutario fijo", por lo que desestimó la solicitud de pase a la situación de excedencia ex artículos 66 y 67 del EMPSS.

2.º Se le requería para que en un mes optara, o por continuar en su condición de personal laboral a extinguir, renunciando a la de personal estatutario, con pérdida de los derechos derivados de la superación del proceso selectivo; o bien, para que optara por desempeñar la condición de personal estatutario, previa toma de posesión, lo que implicaría la renuncia al puesto en el Hospital de La Ribera, luego a la condición de personal laboral a extinguir.

3.º Y se añadía que, de no manifestar nada, se entiende que opta por desempeñar la condición de personal estatutario fijo, lo que se entendería como renuncia a la condición de personal laboral a extinguir.

5. Ante tales requerimientos, por escrito de 14 de octubre de 2019 don Nemesio se ratificó en la toma de posesión y comunicaba que su voluntad era seguir prestando servicios en el Hospital de La Ribera. El 15 de octubre de 2019 se presentó en el Hospital Comarcal de Vinaroz para tomar posesión, lo que

rechazó la Gerente a la vista de la resolución de 30 de septiembre pues " *no ha presentado ningún documento que justifique la renuncia...*".

6. Vista la situación, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 30 de septiembre de 2019 pretendiendo lo siguiente, aparte de que se declarase la nulidad de tal resolución:

- 1.º Que se le reconociese como válida la toma de posesión.
- 2.º Que se le reconozca su derecho a la adquisición de la condición de personal estatutario fijo.
- 3.º Que se le conceda la excedencia del artículo 66 del EMPSS, esto es, por prestación de servicios en el sector público.

7. En primera instancia se dictó sentencia que estimó en parte la demanda, en concreto declaró esto:

1.º Declaró válida la toma de posesión como personal estatutario fijo en el Hospital Comarcal de Vinaroz efectuada el 18 de septiembre de 2019.

2.º Desestimó que se le declarase en situación de excedencia, tanto por servicios en el sector público, como la voluntaria por interés particular (artículos 66 y 67 del EMPSS respectivamente).

3.º La razón para desestimar el resto de la demanda fue que la plaza que ocupaba en el Hospital de La Ribera es *ad personam*, esto es, de personal laboral a extinguir, y esa extinción se producirá cuando tome posesión de la plaza de personal estatutario.

4.º No es aplicable el artículo 66 del EMPSS pues para tal excedencia se requiere ser personal estatutario fijo, lo que no se es hasta la toma de posesión y, cuando esta se produzca, se extinguirá la relación laboral que mantenía con la UTE y en la que se subrogó la Administración.

5.º Finaliza la sentencia ordenando a la Administración que le conceda el plazo de un mes para que opte por alguna de las alternativas expuestas.

8. Don Nemesio recurrió en apelación esta sentencia, no así la Administración demandada.

TERCERO.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1. La sentencia ahora recurrida desestima el recurso de apelación y confirma la de primera instancia. Parte de que la plaza del Hospital de La Ribera "en ningún caso puede ser calificada como de empleado público a pesar de la reversión". Producida esta, no por ello adquirió la condición de empleado público, sino que su relación sigue siendo la de personal laboral "a extinguir". Tal "categoría" -añade- no la prevé el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, EBEP), sino la disposición adicional octava de la Ley valenciana 21/2017 ya citada.

2. Aun así, rechaza promover una cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley valenciana 21/2017, pues lo específico del régimen aplicable a don Nemesio se justifica por razones objetivas, aparte de que en asuntos similares se han inadmitido cuestiones de inconstitucionalidad (cfr. autos de 1 de marzo de 2016, 1 de diciembre de 2016 y 28 de febrero de 2017).

3. Rechaza el alegato de que su relación laboral sólo pueda extinguirse por las causas previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, entre las que no está la toma de posesión de otra plaza ganada por concurso oposición. Sostiene para ello que, una cosa son esas causas de extinción y otra, que don Nemesio haya obtenido una plaza como empleado público, siendo la extinción de la relación laboral la consecuencia que se deriva; y rechaza, además, que haya discriminación porque no ostentase, antes de la toma de posesión, la condición de empleado público.

4. En cuanto a la opción que regula el artículo 9 del Decreto 22/2018, recuerda que opera para quienes al 1 de abril de 2018 fuesen personal estatutario fijo, lo que no es su caso.

CUARTO.- EL RECURSO DE CASACIÓN.

1. La cuestión de interés casacional se ciñe a que nos pronunciemos sobre si la toma de posesión en una plaza como personal estatutario fijo, por quien previamente ostenta la condición de personal a extinguir, impide que se le declare en la situación administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público cuando se trata de mantenerse en la plaza a extinguir originaria.
2. Comienza el recurrente rechazando que se le deniegue la condición de empleado público como personal subrogado de las concesiones sanitarias extinguidas y revertidas a la Generalidad Valenciana, y se pregunta que si no lo es "¿qué es?".
3. La sentencia infringe el artículo 8 del EBEP, según el cual son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, en concreto también lo son quienes lo desempeñen como personal laboral del artículo 8.2.d). Ese carácter de empleado público se deduce también del artículo 7.4 de la Ley Valenciana de Salud y de la disposición adicional octava de la Ley Valenciana 21/2017.
4. Sin embargo, el artículo 3 del Decreto 22/2018 crea la figura del "personal laboral a extinguir" y niega la condición de empleado público, pues prevé cómo puede adquirir tal condición (artículo 3.3), con lo que el Decreto 22/2018 infringe el principio de reserva de ley (artículo 103.3 de la Constitución), y el artículo 149.1.18 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre "el régimen estatutario de sus funcionarios". Ya el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana entendió dudosa la naturaleza jurídica del personal laboral a extinguir (Dictámenes 150/2018 y 681/2018, de 7 de marzo y 24 de octubre, respectivamente).
5. El artículo 7.4 de la Ley Valenciana de Salud debe interpretarse coherentemente con el artículo 8 del EBEP y es posible interpretar ambos preceptos conforme a la Constitución, lo que no hace la sentencia impugnada, que opta por entender que cabe crear esa nueva categoría de personal laboral que no sea empleado público.
6. Añade que la Sala de apelación, consciente de su error, ha matizado su criterio en la sentencia 643/2022, de 15 de septiembre (recurso de apelación 336/2021) y en la sentencia 78/2023, de 3 de febrero (recurso de apelación 159/2022), si bien rechaza la solución que ofrecen ambas sentencias al considerarlo, no como empleado público "en sentido formal" sino como un mero "empleado laboral de la Administración".
7. La sentencia rechaza la aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 53/1984), y al respecto alega que trabaja para la Administración autonómica valenciana, luego le es aplicable su artículo 2; añade que la citada ley reconoce el derecho de opción y pase a la excedencia a quien obtenga un segundo empleo en el "sector público" (artículo 10), y lo mismo el artículo 66 del EMPSS. Por tanto, la consecuencia de superar el concurso-oposición no es la extinción de la relación laboral a extinguir sino la excedencia.
8. Según el artículo 3.1 del Decreto 22/2018 la relación del personal laboral subrogado se extingue por las causas legalmente previstas y en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores no prevé la que se le aplica; y la misma previsión está en la disposición adicional octava de la Ley Valenciana 21/2017, al igual que en el artículo 7.4 de la Ley valenciana de Salud.
9. La sentencia impugnada infringe la Directiva 2001/23 del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, que impide que la situación del trabajador subrogado empeore tras la subrogación, ni que sea motivo de despido (artículo 4), lo que completa con la cita de la sentencia de la Sala Octava del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2019 (C-317/18), asunto Correia Moreira. A tal efecto, alega que, antes de la

subrogación, de haber obtenido plaza en el sector público, sí podía solicitar la excedencia en el sector público y continuar en el Hospital La Ribera; tras la subrogación se le obliga a optar y le impide adquirir la condición de personal estatutario si no renuncia a su puesto de trabajo en el Hospital La Ribera.

10. Esa opción implica la infracción del artículo 14 de la Constitución, tomando por término de comparación al restante personal laboral de otros centros sanitarios de la Generalidad Valenciana, que cuando adquiere la condición de personal estatutario fijo no debe optar por uno de los dos puestos y sí puede solicitar la excedencia, no como él por pertenecer a esa nueva categoría de personal laboral "a extinguir".

11. Y, en fin, la sentencia es contraria al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de subrogación de trabajadores, de los que se deduce que la Generalidad al configurar una sucesión empresarial no quiso extinguir automáticamente la relación laboral, pues lo que prevé el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores es dar una solución de continuidad a la relación laboral de los trabajadores absorbidos.

QUINTO.- OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN.

1. Con carácter previo advierte la Administración recurrida que, de estimarse la pretensión del recurrente, se bloquearía una plaza en el Hospital de Vinaroz de la que el recurrente aparecería como titular en excedencia. Esto obligaría a contratar a un facultativo interino y seguir pagando al recurrente por su trabajo en el Hospital La Ribera, en una plaza "a extinguir".

2. Fuera de eso, niega que el recurrente sea empleado público por haber sido contratado por la UTE concesionaria y haberse subrogado la Administración como empleadora tras la reversión. La subrogación no lo convierte en empleado público, pues fue contratado por la UTE sin atender exigencias de igualdad, mérito y capacidad, ni someterse a las limitaciones presupuestarias a las que están sometidos los sueldos de, en este caso, el personal estatutario fijo.

3. Añade que tras superar un procedimiento selectivo y ganado una plaza de personal estatutario fijo, no cambia la situación anterior, por lo que no cabe obtener la excedencia por prestación de servicios en el sector público y con reserva de plaza. Será empleado público cuando se incorpore efectivamente a la plaza ganada en el Hospital de Vinaroz, momento en el que podrá optar por las soluciones que le ofrece el ordenamiento jurídico.

4. Rechaza que el Decreto 22/2018 haya creado una categoría profesional, la de "personal a extinguir", sino que es la Ley valenciana 21/2017 la que así lo denomina; además, no supone regulación de una relación laboral al mantenerse el vínculo indefinido que mantenían con la UTE.

5. El personal que había trabajado para la UTE concesionaria no es, ni personal estatutario, ni empleado público, por prohibirlo la disposición adicional vigésimo sexta 26.Uno.a) y Tres de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 (en adelante, LPGE 2017), razón por la que se dictó la disposición adicional octava de la Ley valenciana 21/2017, desarrollada por el Decreto 22/2018. Admite que la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 declaró la inconstitucionalidad de la ley estatal, pero no por su contenido material sino por tratarse de una ley de presupuestos.

6. Que esa inconstitucionalidad no alcanza a la ley valenciana lo ha declarado la sentencia 362/2022, de 11 de mayo, (recurso contencioso-administrativo 97/2018), de la Sección Segunda de la misma Sala de apelación y que está recurrida en casación (recurso de casación 4845/2022). Además, esa sentencia advierte que la denominación de "personal laboral a extinguir" ya existía en otras normas, la Ley 15/2014, de 16 de diciembre, de Racionalización del Sector Público, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público y el artículo 7.4 de la Ley valenciana de la Salud.

7. Admite que se ha podido forzar la interpretación de determinados conceptos, planteándose fricciones jurídicas, pero fue en beneficio de los contratados por la UTE, para mantenerlos en unas condiciones que eran mejores a las del personal estatutario; ahora el recurrente, aparte de seguir disfrutando de las ventajas retributivas derivadas del Convenio, pretende las ventajas del personal empleado público.

8. Admite que la figura del contratado laboral "a extinguir" no estará exenta de contradicciones, pero no es antijurídica. El artículo 8 del EBEP habla de "personal laboral", no del que haya sido objeto de subrogación; es una figura que se emplea ante situaciones difícilmente incardinables en las categorías preexistentes, es transitoria y personalísima, pero no por desempeñarla el recurrente es empleado público.

9. Alega que la Ley 53/1984 le es aplicable, pero no por eso puede acogerse al artículo 66 del EMPSS pues no es personal estatutario. La razón es que el puesto en el Hospital La Ribera no lo obtuvo según la normativa que regula el acceso al empleo público. Admite que tenía derecho a tomar posesión en el Hospital de Vinaroz, pero no a ser declarado en excedencia pues no es personal estatutario y, además, con reserva de plaza en el Hospital de La Ribera, plaza esta que se extingue al pasar a prestar servicios en otro puesto, sea del sector público o del privado.

10. Respecto de la aplicación de las causas de extinción de la relación laboral, previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, invoca la de la letra I), esto es, por "causas objetivas legalmente procedentes", y que en este caso sería por la incorporación a una plaza de personal estatutario con plena coincidencia horaria. Se incorpora a la plaza del Hospital de Vinaroz por la toma de posesión cesa en la del Hospital de La Ribera.

11. En cuanto a la infracción de la Directiva 2001/23 y la jurisprudencia del TJUE, respecto de la excedencia que, dice, podría haber obtenido en el Hospital de La Ribera antes de la subrogación en virtud del artículo 25 del IV Convenio Colectivo de Ribera Salud, tal argumento no es aceptable porque con el régimen anterior no existía la excedencia por prestación de servicios en el sector público; además, para pedir la excedencia por interés particular se exigía al menos un año de antigüedad en la empresa y, en fin, no ha probado que haya quedado en peor condición tras la subrogación.

12. Rechaza la infracción del artículo 14 de la Constitución, pues no es de peor condición que el restante personal laboral de la Generalidad Valenciana que tenía ya la condición de personal estatutario fijo antes de la subrogación. La sentencia de primera instancia obligó a que se le ofreciera el derecho de opción en los términos del Decreto 22/2018.

13. Finalmente, que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no prevea la sucesión de empresas como razón para extinguir su relación laboral, la recurrida lo comparte pero no por ello que esa relación es inextinguible. Tal precepto da solución de continuidad a la relación laboral de los trabajadores absorbidos, lo que recogen los artículos 2 y 4 del Decreto 22/2018; ahora bien, si el trabajador a "extinguir" cesa, la plaza se convertirá en estatutaria, para ser cubierta por personal estatutario, lo que prevé su artículo 8; antes del cese, no.

SEXTO.- JUICIO DE LA SALA.

1. Recordemos cuál es la cuestión de interés casacional: debemos pronunciarnos sobre si la toma de posesión en una plaza como personal estatutario fijo, por quien previamente ostenta la condición de personal -laboral- a extinguir, impide que se le declare en la situación administrativa de excedencia por prestación de servicios en el sector público, cuando pretende mantenerse en la plaza a extinguir originaria.

2. Se trata de una formulación que, aun en términos abstractos, está adherida al caso de autos en cuanto a los hechos y en cuanto a la normativa aplicable y esta, además, no es la general sino la que

rige para un presupuesto de hecho muy concreto: la situación derivada de la extinción del contrato de gestión del Hospital de La Ribera en lo relativo a la situación laboral de quienes eran empleados de ese centro contratados por la UTE y en cuya relación laboral se subroga la Administración.

3. A lo dicho se añade que la aplicación e interpretación de la normativa autonómica está intensamente presente en este recurso, lo que obliga a no olvidar que el juicio casacional se centra, en este caso, en el Derecho estatal, luego nos adentraremos en el autonómico en la medida en se interpreta en función del primero. A estos efectos identificamos los artículos 44 y 49 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 10 de la Ley 53/1984, aparte de las normas que señala el auto de admisión.

4. Expuesto lo anterior, tenemos que ni durante la vigencia de la concesión, ni después, don Nemesio ha sido ni es empleado público en el sentido que regula el EBEP o, en lo aplicable, el EMPSS. Ha sido personal laboral contratado por la UTE conforme al Estatuto de los Trabajadores. Revertido el servicio, es contratado laboral a extinguir y tiene como empleador por subrogación o cesión a esa Administración sanitaria, titular del servicio (cfr. artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores).

5. Así lo prevén el artículo 7.4 de la Ley valenciana de Salud y la disposición adicional octava.1 párrafo tercero, de la Ley valenciana 21/2017, que no crean una nueva categoría de empleado público, ni siquiera una subcategoría de empleado público laboral: regulan la situación de quienes eran contratados por la UTE. Trabajarán para la Sanidad valenciana, pero en virtud de su régimen laboral, especial y a extinguir.

6. Dicho lo anterior, hay dos puntos en los que la sentencia impugnada es firme. Uno, que beneficia a don Nemesio en cuanto declara que tiene derecho a tomar posesión de la plaza adjudicada y ganada como personal estatutario fijo; otro, que le permite optar entre su condición de contratado laboral a extinguir, o por el puesto como personal estatutario fijo. Es en esa opción en la que surge lo litigioso y se ciñe a las consecuencias que siguen a la toma de posesión. Así, de optar por mantener la relación laboral a extinguir, lo que se plantea es si procede declararle en alguna de las excedencias del EMPSS, o si no cabe excedencia alguna porque pierde la condición de personal estatutario fijo.

7. Conviene recordar que la sentencia impugnada declara válida la toma de posesión y entiende que no integra una de las causas de extinción de las relaciones laborales del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores; ahora bien, considera que la extinción de la relación laboral es la consecuencia de la toma de posesión, planteamiento no exento de confusión y que lleva a estimar el recurso de casación por las siguientes razones:

1.º Don Nemesio, tras superar un proceso selectivo, adquirió la condición de personal estatutario fijo y se ha reconocido en firme que debe tomar posesión de la plaza en el Hospital Comarcal de Vinaroz. Pues bien, la consecuencia es que la toma de posesión surtirá los efectos que le son propios como acto condición que da plenitud al nacimiento de la relación de servicios, en este caso estatutaria [cfr. 20.1.a) y 3 EMPSS].

2.º Ahora bien, el desempeño de un puesto como personal estatutario fijo es incompatible con el trabajo -en este caso- como personal laboral a extinguir en el sector público, lo que se deduce del artículo 10, párrafo primero, de la Ley 53/1984 cuyos términos son inequívocos: "[q] uienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión ". Contempla, por tanto, como regla general, la incompatibilidad del desempeño de dos puestos en el sector público.

3.º Pues bien, nacida la relación estatutaria con la toma de posesión, don Nemesio ejerció, simultáneamente, la posibilidad que le da el artículo 10 citado y optó, y su opción fue seguir en el puesto que venía desempeñando en el sector público como contratado laboral a extinguir, luego la

consecuencia es que se aprecie esa situación de incompatibilidad, luego no declarar la pérdida de la condición de personal estatutario fijo: se interrumpirá su relación orgánica -el desempeño de la plaza adjudicada-, pero no se resuelve la de servicios, esto es, la condición de personal estatutario fijo.

8. Pues bien, volviendo a la cuestión de interés casacional y a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que, en este caso, la toma de posesión en una plaza como personal estatutario fijo por quien ostenta la condición de personal laboral a extinguir en virtud de una sucesión de empleador, le permite optar entre seguir manteniendo esa relación laboral con el efecto de que, por ser incompatible con el desempeño de un puesto como personal estatutario fijo, deberá ser declarado respecto de ese puesto estatutario en la situación administrativa de excedencia que corresponda.

SÉPTIMO.- APLICACIÓN AL CASO Y RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES.

1. Conforme a lo expuesto y como hemos adelantado ya, se estima el recurso de casación y se casa y anula la sentencia impugnada. Situada esta Sala como tribunal de apelación, se estima el recurso de apelación de don Nemesio contra la sentencia de primera instancia en la parte en la que desestimó su demanda.

2. De esta manera, resolvemos el litigio y declaramos el derecho a que se le reconozca la condición de personal estatutario fijo y, por ser incompatible con el puesto que desempeña de contratado laboral a extinguir, que se le declare en situación administrativa de excedencia.

3. En cuanto a qué tipo de excedencia procede, si la del artículo 66.1.a) del EMPSS, esto es, por prestar servicios en el sector público, o excedencia voluntaria (artículo 67) entendemos que procede la primera por las siguientes razones:

1.º Porque partimos de que ambos puestos, ya sea como contratado laboral a extinguir en el Hospital de La Ribera, como en el Comarcal de Vinaroz, son puestos en el sector público; es más, es lo que se deduce de la Ley Valenciana 21/2017.

2.º En efecto, constante la concesión, el personal que era estatutario fijo y que fue contratado por la UTE fue declarado en situación administrativa de servicios bajo otro régimen jurídico (artículo 65 EMPSS). Tras revertir el servicio, la disposición adicional octava.2 de la Ley Valenciana 21/2017 obligaba a ese personal a optar: o mantenía la relación laboral derivada de la empresa concesionaria, ya a extinguir, o bien se reincorporaba al servicio activo como estatutario fijo. Pues bien, de optar por mantener la relación laboral a extinguir, en su condición de personal estatutario fijo quedarían en la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público (artículo 66 del EMPSS).

3.º No está en cuestión que ese no es el caso de don Nemesio pues adquirió la condición de personal estatutario fijo tras la reversión, pero esa regulación arroja luz y deducimos una consecuencia relevante: que ese otro personal podía seguir desempeñando el puesto como contratado laboral a extinguir, lo que se considera *ex lege* prestación de servicios en el sector público y así pasa a ese concreto tipo de excedencia (cfr. artículo 66 del EMPSS). Pues bien, como algo no puede ser y no ser al mismo tiempo, no cabe negar que el recurrente desempeñó un puesto en el sector público pues lo presta en el mismo status de contratado laboral a extinguir.

4.º Por tanto, la excedencia del artículo 66.1.a) del EMPSS es la procedente frente a la del artículo 67 del EMPSS al ir más allá de la aplicable por interés particular, trae su causa de una situación de incompatibilidad y, si bien el artículo 10, párrafo segundo, de la Ley 53/1984 prevé con carácter general para estos casos la excedencia voluntaria, el EMPSS rige como ley especial y prevé la del artículo 66.1.a).

OCTAVO.- COSTAS.

1. 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.

2. En cuanto a las de instancia y de apelación no se hace imposición por haber dudas razonables de Derecho (artículo 93.4 en relación con el artículo 139.1 y 2 de la LJCA).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, conforme a lo declarado en el Fundamento de Derecho Sexto.8 de esta sentencia,

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de DON Nemesio contra la sentencia 8/2022, de 13 de enero, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de apelación 53/2021, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por DON Nemesio contra la sentencia 560/2020, de 30 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Valencia, en el recurso contencioso-administrativo 792/2019, sentencia que se anula.

TERCERO.- Estimar la demanda de DON Nemesio contra las resoluciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero de esta sentencia y declarar el derecho del demandante a la adquisición de la condición de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Conselleria de Sanitat como consecuencia de su efectiva toma de posesión en el Hospital comarcal de Vinaroz; y a que le sea concedida la excedencia por prestación de servicios en el sector público, ordenándose la adopción de cuantos actos y medidas sean necesarios para hacer efectivos estos derechos.

CUARTO.- 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.