ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1 ALBACETE

SENTENCIA: 00020/2022

Recurso de Apelación nº 404/19

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº DOS de CIUDAD-REAL

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª

Presidente:

Iltma. Sr. Ricardo Estevez Goytre

Magistrados:

Iltmo. Sr. D. Constantino Merino González

Iltmo. Sr. D. Guillermo B. Palenciano Osa

Iltmo. Sr. D. Fernando Barcia González

SENTENCIA 20

Albacete, a treinta y uno de Enero de 2022

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el presente recurso de apelación nº 404/2019 interpuesto por **DOÑA** , que actúa con la representación procesal de la Procuradora Doña frente a sentencia de 13 de diciembre de 2018 dictada en procedimiento abreviado número 25/2018 de los tramitados ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real, siendo parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO,** que interviene bajo la representación del Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Puertollano e igualmente el recurso de apelación interpuesto por el indicado ayuntamiento frente a la misma sentencia en el

Firmado por: CONSTANTINO MERINO GONZALEZ 04/02/2022 19:03 Minerva
Firmado por: M.CARMEN GARCIA GARCIA 07/02/2022 08:42 Minerva
Firmado por: GUILLERMO B. PALENCIANO OSA 07/02/2022 09:35 Minerva
Firmado por: FERNANDO BARCIA GONZALEZ 08/02/2022 14:19 Minerva
Firmado por: RICARDO ESTEVEZ GOYTRE 09/02/2022 19:09 Minerva

Código Seguro de Verificación E

que interviene como parte apelada doña ; sobre personal, siendo ponente el Ilustrísimo señor don Constantino Merino González, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela por doña la sentencia de 13 de diciembre de 2018 dictada en procedimiento abreviado número 25/2018 de los tramitados ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real, que desestimó el recurso contencioso administrativo planteado.

SEGUNDO.- Por la inicial actora se interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo, solicitando el dictado de sentencia que declare nulos los decretos impugnados incluyendo el cese de la funcionaria por fraude de ley, carencia total de motivación y causa legal y como consecuencia de dicha nulidad se proceda al nombramiento en legal forma de la demandante como personal laboral indefinida hasta la legal cobertura o amortización de la plaza, conforme a los dictados de la normativa vigente o se adopte de manera subsidiaria la consecuencia establecida la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, sentencia número 1426/2018 de 26 de septiembre; se reconozca el derecho a una indemnización por causas asimilables al despido objetivo según la Directiva 1999/70 ,condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

TERCERO.- La defensa del ayuntamiento demandado se opuso a ese recurso de apelación y en su escrito manifestó que, en base a lo establecido en el apartado cuarto del artículo 85 de la ley jurisdiccional venía interponer frente a la misma sentencia recurso de apelación. En concreto mostraba su disconformidad con el rechazo a la "excepción procesal de inadmisibilidad del recurso" y solicitaba el dictado de sentencia de modo que se dicte otra que "estime la excepción procesal de inadmisibilidad del recurso, se los artículos 86. 1 a y 69 e relación con el artículo 46 .1 de la LJCA por prescripción de la acción por el transcurso del plazo para interponer la demanda.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y al constatarse que no se había evacuado el trámite correspondiente al traslado y alegaciones al recurso de apelación, interpuesto vía adhesión, por el ayuntamiento inicialmente demandado, se

acordó que se llevará a cabo dicho trámite. Se presentó escrito al efecto por la inicial parte actora. Se señaló nuevo día para votación y fallo en esta Sección Primera; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

Se apela la sentencia de 13 de diciembre de 2018 dictada en procedimiento abreviado número 25/2018 de los tramitados ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña

La sentencia apelada, en el antecedente de hecho primero, explica que el recurso contencioso se interpuso frente a las resoluciones desestimando de los recursos que se acompañan, en concreto de los Decretos 2018/ y 2017/ Refleja acto seguido los términos del suplico de la demanda.

En el fundamento de derecho PRIMERO se ocupa de la "excepción de inadmisibilidad" expuesta por la defensa del ayuntamiento. Describe los elementos de hecho esenciales que son los siguientes:

- *En fecha de 28 de Mayo de 2014 se publica un proceso selectivo para la contratación de personal de ayuda a domicilio como funcionario interino (f. 1 a 3). Consta aprobada con el número 63 en la página 17 y constan nombramientos y ceses como funcionaria interina en base a ello.*

- *En Enero de 2017 se convoca un nuevo concurso (pág. 45 a 50), en el cual la misma resulta aprobada (f. 66) y participa en los siguientes donde no obtiene la puntuación necesaria.*

- *Seguidamente se sigue un juicio por despido bajo el número de autos 553/2017 en el Juzgado de lo Social número 2 bis de Ciudad Real, constando el emplazamiento (f. 77 a 80). Este procedimiento judicial se inicia por la demanda contra el despido/ cese de 17 de Julio de 2017 (f. 86).*

- *Un dato clave es el que obra en los autos (ff. 88 a 93) en el que se puede ver que aquel procedimiento de la jurisdicción social concluyó mediante sentencia dictada desestimando la demanda por falta de jurisdicción.*

- *Tras ello consta reposición contra el cese "al entenderla nula", por motivos parejos a los reclamados ante la jurisdicción social, habiendo por ello considerado que el cese se trata de un fraude de ley y pedía la nulidad por falta de motivación y causa legal, siendo igualmente que se solicita subsidiariamente indemnización.*

- *La respuesta señala que el recurso es extemporáneo al haber transcurrido más de cuatro meses desde el mismo (pág. 96).*

- *Frente a ese decreto se interpone nuevamente recurso de reposición, en el que no se añade ni combate la apreciación, sino que se incorpora nuevamente la misma fundamentación que en la reclamación original.*

- *La resolución de ese recurso, que es el acto impugnado en la presente vuelve a desestimar la misma, haciendo nuevamente referencia a la extemporaneidad del recurso y admitiendo el recurso de reposición contra la resolución que a su vez resolvía una pretendida reposición.*

Sigue analizando la cuestión planteada en ese mismo fundamento de derecho, razonando lo que sigue:

" 1.3º.- Pues bien cabe hacer varias consideraciones. La primera es que, pese a que se puede comprender desde la economía procesal el actuar del demandante al desistir del primer proceso ante la jurisdicción social, ello impide que realmente se esté ante una cuestión de competencia entre órdenes distintos conforme al art. 42 LOPJ.

Estamos ante una decisión no impuesta por el orden jurisdiccional Social en sentido estricto, sino asumida por el demandante mediante el desistimiento. Así en el presente supuesto no es previa una decisión jurisdiccional que declare la competencia de esta jurisdicción, sino que se trata del traslado a la jurisdicción contenciosa de un procedimiento previamente iniciado en la jurisdicción social.

No es menos cierto que tal decisión de desistir del proceso no es arbitraria, sino que se basaba en decisiones anteriores del Tribunal Superior de Justicia que se declaraba incompetente a la jurisdicción social, pese a que hay sentencias anteriores que asumían las tesis del hoy demandante para conocer de este tipo de reclamaciones, decisión que se puede más o menos compartir o disentir, pero que no se tomó en el proceso en cuestión y que además se consintió por el demandante.

1.4º.- El problema que surge en la vía contenciosa cuando, por error del demandante o por decisión judicial, se declara que la vía elegida y diferente a la presente jurisdicción no es correcta, es que la consecuencia gravosa para el impugnante es muy importante.

Realmente se provoca un problema grave al no terminar la vía administrativa previa en tiempo y forma al no estar prevista para otras jurisdicciones, y con ello se encuentra con el problema consistente en que el acceso a la jurisdicción se encontraría cerrado (art. 25, 69.c LJCA), pues o

bien habrá ganado firmeza en vía administrativa, o bien se estará ante la reproducción de un acto consentido y firme como acto impugnado jurisdiccionalmente (art. 28 LJCA).

Desde este punto de vista el error en la elección de la acción a ejercitar conlleva el perjuicio de la propia acción y con ello el perjuicio de la tutela jurisdiccional del derecho de fondo y como consecuencia el mismo derecho.

1.5º.- Vaya por delante que la decisión de acudir a la jurisdicción social fue realizada voluntariamente por el demandante y que tal decisión se hizo en contra de las indicaciones del pie de recurso que establecía la recurribilidad administrativa de la resolución, al igual que la decisión de poner fin en aquella jurisdicción a las actuaciones a través del desistimiento, pues sólo a su voluntad se debieron ambas cuestiones.

1.6º.- Lo primero que hay que decir es que la causa opuesta por la administración no resulta aplicable, pues realmente no hay una extemporaneidad en el recurso contencioso administrativo, que se presenta correctamente dentro del plazo de dos meses desde la resolución impugnada, sino una actuación administrativa firme que, por tanto no es susceptible de ser recurrida en vía administrativa previa por sólo ser impugnable a través del recurso extraordinario de revisión (art. 113 L. 39/2015) o bien a través de la revisión de oficio (art. 106 L. 39/2015) o las diferentes vías de revisión de resoluciones administrativas firmes (arts. 106 a 111 L. 39/2015).

1.7º.- La realidad por tanto es determinar qué efecto tiene un recurso en el que se ha aquietado el hoy demandante a asumir como inviable o equivocado para la satisfacción de sus pretensiones. La demanda social, por otra parte, se presentó en fecha de 12 de Julio de 2017 (f. 156), con lo que la misma se encontraba dentro del plazo para la impugnación, es decir, existía una voluntad de impugnarla demostrada, pero una mala elección de jurisdicción.

1.8º.- La resolución cuya nulidad hoy se pide por tanto habría puesto fin a la vía administrativa y habría otorgado los recursos administrativos. Habría por tanto concluido el procedimiento administrativo, sin que se hubiera por tanto impugnado la misma en tal vía por la forma adecuada.

Hay resoluciones jurisdiccionales (STSJ de Cataluña, secc. 4ª, de 4 de Mayo de 2011) que permiten reabrir los plazos, pero resulta que se asocian a supuestos de silencio administrativo, siendo que se declara expresamente la inaplicabilidad del art. 5 LJCA para los supuestos de falta de jurisdicción de otras jurisdicciones.

1.9º.- Igualmente cabe señalar que existen y existían sentencias anteriores al desistimiento que estimaban las pretensiones de las demandas ante la jurisdicción social, siendo que el demandante aporta dos en la vista. La primera 227/2018, de 18 de Mayo de 2018 del Juzgado número 1 de lo Social de Ciudad Real; así como la Sentencia de 20 de Septiembre de 2017 (460/17) del Juzgado 2.bis de lo Social de Ciudad Real, ambas con una problemática similar, y en la última además se trata de las mismas partes.

Este juzgado ni puede ni debe revisar los motivos por los que procedieron de esta manera los juzgados sociales, pues se recuerda que, con independencia del actuar de la administración, la

jurisdicción es una cuestión de derecho imperativo, improrrogable y su falta es apreciable de oficio (art. 9.6 LOPJ, 37.2 y 48 LEC, art. 5 LJCA).

Por tanto guste o disguste, se esté de acuerdo o no, se deban a errores del ayuntamiento con las notificaciones o de fondo, existen pronunciamientos de la jurisdicción a la que acudió que asumieron las pretensiones, con lo que pacífica no puede considerarse tal cuestión, al igual que el actuar del demandante tampoco puede ser considerado como arbitrario o carente de sentido o defensa alguna.

1.10º.- Dice la STSJ de Cataluña, secc. 4ª, de 23 de abril de 2008 que "Como hemos dicho en nuestra Sentencia núm. 499, de veintiocho de junio de 2007 (recurso de apelación 52/06STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Cataluña, Sección 4ª, 28-06-2007 (rec. 52/2006)), recogida en otras posteriores como la de 30.11.2007 en el rec. 67/2007STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Cataluña, Sección 4ª, 30-11-2007 (rec. 67/2007), en los casos en que existe discrepancia sobre la jurisdicción ante la que se ha de acudir, el hecho de que no se sigan las indicaciones del órgano que resuelve, y se acuda a otra jurisdicción, no puede comportar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo cuando se acude a éste por indicación de la jurisdicción que se declara incompetente y ello por cuanto se trata de cuestiones que, a pesar de que debieran estar muy claras en la ley, por razones de seguridad jurídica, ello no es así, siendo así que la confusión de la existencia de pronunciamientos jurisdiccionales distintos (como sucede en este caso a la vista de las resoluciones aportadas) es razón suficiente para no apreciar la inadmisibilidad. Frente a ello no cabe aceptar los argumentos de la Administración apelada, en tanto que es indiscutible la divergencia de criterios en orden a determinar la Jurisdicción competente, por lo que estamos ante una confusión razonable generada tanto por la Ley como por los órganos jurisdiccionales y que justifican, cuanto menos, una primera reclamación previa al orden social y una posterior elección del orden Jurisdiccional Social.

1.11º.- En definitiva, no se considera arbitrario ni carente de fundamento que el demandante acudiera a la jurisdicción social, pues la realidad es que había elementos que autorizaban, con una diligencia media y con base en la petición, acudir a la misma, pues tuvo sentencias favorables en este mismo tema, se admitieron las demandas, existen pronunciamientos similares en la jurisdicción social y además, existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial que señala que la laboralidad de una relación debe ser analizada por la jurisdicción social, aunque cierto es que desde la perspectiva de las liquidaciones y sanciones de la Seguridad Social. En este sentido podemos citar la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 9 de Abril de 2018. A ello se puede añadir el propio art. 1 de la Ley de la jurisdicción social, pues realmente lo que se señala es que con base en el art. 6.4 del código civil lo realmente existente, pese a la forma administrativa es un contrato laboral, es decir un fraude de ley en perjuicio de una relación laboral realmente existente.

Hay que tener en cuenta que las causas de inadmisibilidad deben tener un tratamiento restrictivo, tal y como recuerda la SSTS de 19 de Diciembre de 2014; 5 de Diciembre de 2014 o la de 4 de Octubre de 2013".

Concluye que: *"...en consecuencia, atendiendo al antecedente jurisprudencial encontrado, al principio de seguridad jurídica y el favorecimiento del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción se considera, sin perjuicio de mejor y superior criterio y asumiendo la complejidad del caso que no puede declararse la inadmisibilidad atendiendo al carácter objetivamente dudoso por todo lo anterior de la controversia, pues ello sería perjudicial para la seguridad jurídica y los derechos fundamentales de los hoy demandantes que desde el inicio han mostrado su disconformidad con la decisión de fondo, aunque en una vía que se consideró errónea".*

SEGUNDO.

Dado que por el ayuntamiento que intervino como demandado en primera instancia, vía adhesión a la apelación, se cuestionó este razonamiento y el pronunciamiento que implícitamente lleva consigo, de rechazo a la alegada concurrencia de motivos de inadmisión del recurso contencioso administrativo, esta cuestión debe ser primariamente abordada.

En el recurso de apelación se afirma a que a través del recurso contencioso administrativo inicialmente planteado se impugnaban dos resoluciones distintas:

-Resolución de alcaldía de Puertollano de fecha 25 de mayo de 2017, que acuerda el cese de la recurrente como funcionaria interina del ayuntamiento de Puertollano, que fue notificada a la interesada el 9 de junio de 2017.

- La resolución de fecha 7 de diciembre de 2017 mediante la cual se desestima la reclamación interpuesta contra el anterior decreto de cese como funcionaria interina, resolución debidamente notificada en fecha 11 de diciembre de 17.

Sigue alegando que según consta y se recoge en la sentencia la recurrente interpuso un recurso ante la Jurisdicción Social frente a la primera de las resoluciones acordaba su cese como funcionaria interina el 25 de mayo de 2017. Se tramitó el procedimiento ante el Juzgado de lo Social y se finalizó con sentencia de 5 de octubre de 2017 que estimó la excepción planteada por el ayuntamiento de Puertollano de incompetencia de Jurisdicción.

Añade que fue después de notificada esa sentencia cuando la recurrente presentó ante el ayuntamiento de fecha 30 de noviembre de 2017 una nueva reclamación administrativa frente a la resolución de cese como funcionaria interina, es decir la de fecha 25 de mayo de 2017. Explica que esa reclamación fue desestimada por el Decreto de 7 de diciembre de 2017, y se desestimó por extemporánea, toda vez que se presentó una vez transcurridos más de cuatro meses desde la notificación la resolución de cese como funcionaria interina.

Destaca que en ese Decreto de cese, el primero, se indicaba expresamente que contra el mismo podía interponerse recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano, en el plazo de un mes o recurso contencioso administrativo ante el juzgado de lo contencioso administrativo en un plazo de dos meses. Se indicaba también que en el caso de optar por interponer recurso potestativo de

reposición no se podría interponer recurso contencioso administrativo hasta que aquél sea resuelto expresamente o se haya producido su desestimación por silencio administrativo.

Sigue alegando que, conforme al artículo 46 de la ley Jurisdiccional el plazo para interponer recurso contencioso administrativo es de dos meses desde la notificación del acto expreso que pone fin a la vía administrativa y que en este caso transcurrieron más de dos meses desde la notificación de la resolución que se impugna ,y por ello el recurso contencioso debió inadmitirse en base a lo establecido en el artículo 86.1 a y 69 e en relación con el artículo 46.1 de la LJCA , por prescripción de la acción por transcurso del plazo para interponer la demanda.

Destaca que la sentencia resulta contradictoria respecto a lo afirmado en el primer párrafo del apartado 1 del fundamento de derecho primero y lo que finalmente se concluyó en el apartado 12º. Insiste en que nos encontramos ante un plazo de caducidad procesal que no puede el índice ni tampoco deja de aplicarse en base a la excusa de seguridad jurídica derecho fundamental de los demandantes destacando que en esa resolución de cese se le emplazada correctamente ante la jurisdicción contencioso insiste en que libre y voluntariamente y contando con la debida asistencia jurídica por la demanda fue presentada por el ejercicio presentó una demanda en el orden jurisdiccional social y cuando le fue desestimada volvió a presentar nueva reclamación en vía administrativa ante el asentamiento y sólo después presentó, cuando esta última fue desestimada, el recurso contencioso administrativo.

Frente a lo anterior la inicial parte actora se limita alegar que no puede prosperar "la excepción de inadmisibilidad que el ayuntamiento reproduce y ello por ser correcto el razonamiento de la sentencia de instancia" reproduciendo el último párrafo del apartado 1.11 y el apartado 1.12.

TERCERO.

Comenzando el análisis de la problemática que se nos traslada a través del recurso de apelación planteado por el ayuntamiento de Puertollano apreciamos que concurre la falta de coherencia que se denuncia entre lo afirmado en el inicio del estudio de la problemática por la sentencia de primera instancia, concretamente la primera frase del apartado 1.1 ,y lo concluido en el apartado 1.12 . Ciertamente no se trata de un vicio susceptible de generar su nulidad, por resultar inequívoco que es la conclusión final la que sirve de fundamento al rechazo del motivo de inadmisibilidad alegado, en coherencia con los razonamientos que la preceden.

Aclarado lo anterior, la cuestión se aborda correctamente por la sentencia de primera instancia, siendo incorrecto el planteamiento que mantuvo en el acto de la vista defensa del ayuntamiento demandado y que mantiene igualmente en el recurso de apelación. Parte de un error dicho planteamiento, al delimitar el objeto del recurso contencioso administrativo, afirmando que se interpuso frente a dos decretos, el decreto que acuerda el cese, decreto 2017/. , de fecha 25 de

mayo de 2017 y el decreto de 7 de diciembre de 2017, decreto 2017/ que desestima la reclamación interpuesta frente a ese previo decreto de cese.

Aun cuando la tramitación seguida en vía administrativa no deja de presentar confusión -como también se refleja en la sentencia apelada- lo cierto es que la parte actora no interpone recurso contencioso administrativo frente al Decreto de cese sino que lo interpone frente a dos decretos posteriores a los que ya hemos hecho referencia: el decreto 2017/ , de 7 de diciembre de 2017 y el posterior decreto 2018/ . Así se refleja en el escrito/demanda de interposición del recurso contencioso y a esa indicación debe estarse conforme a lo establecido en el artículo 45.1 de la LJCA. únicamente apreciamos en un mero error en el número, que después se refleja en la sentencia de instancia, pues no se trata del decreto 2018 / sino del decreto 2018/ . de 3 de enero de 2018.

Dado el contenido de ambos decretos -el primero rechaza por extemporáneo el recurso de reposición planteado frente al decreto de cese y el segundo reitera lo ya dicho la anterior-y también la fecha en la que éste último se notifica a la actora no concurre motivo de inadmisión del recurso contencioso el artículo 69 e) de la ley Jurisdiccional, pues no resulta extemporáneo al respetar el plazo de caducidad de dos meses desde esa notificación hasta la presentación del recurso contencioso administrativo.

Reiteramos que dado que el fundamento para impugnar el razonamiento de la sentencia por parte de la defensa del ayuntamiento se basa única y exclusivamente en la concurrencia de motivos de inadmisión del recurso contencioso no apreciado, nuestro análisis debe quedar limitado a su rechazo sin que pueda extenderse a los razonamientos que la sentencia incorpora - después de aclarar que no concurre motivo de inadmisión del recurso contencioso por extemporaneidad - a efectos de otorgar virtualidad a la demanda planteada ante la Jurisdicción Social.

CUARTO.

Adelantamos que debemos igualmente desestimar el recurso de apelación interpuesto por la inicial parte actora frente a lo que constituye el razonamiento de fondo en virtud del cual la sentencia de primera instancia rechaza sus pretensiones.

Partimos de la sentencia de primera instancia da adecuada respuesta a los argumentos o motivos que sirven de base a la impugnación frente a la decisión de cese que incorpora la demanda. Conviene recordar que el planteamiento inicial que mantuvo la parte actora se apoyaba, básicamente, en jurisprudencia y razonamientos de sentencia de Juzgados de lo Social, haciendo, no obstante, referencia igualmente a que los nombramientos realizados en virtud de programas temporales se habían ejecutado en fraude de ley y que no era cierto que se tratara de programas "temporales", sino que se trataba de una actividad consustancial al ayuntamiento que se prolongaba durante años. En coherencia con ello solicitaba que se considerara su actividad como

laboral y permanente y pedía una indemnización por despido. Reiteramos, la petición del suplico era que se le nombrara personal laboral indefinido hasta la legal cobertura o amortización de la plaza y que se le reconociera el derecho a una indemnización por despido asimilable al despido colectivo según la directiva 1990/70.

Pues bien, la sentencia de primera instancia rechaza esa argumentación en base a los siguientes FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

" 2.1º.- El hoy demandante señala que debe considerarse que, pese al "envoltorio jurídico" que determinaba su relación como de funcionario interino, debe considerarse inadecuada y fraudulenta, reclamando que, en aplicación del principio del fraude de ley se aplique el verdadero marco de la misma y se considere laboral su relación, además de indefinida.

La administración considera además de lo ya resuelto sobre la admisibilidad que no debe entenderse así. Así afirma que sus nombramientos derivan de convocatorias consentidas y en las que tomó parte, siendo que la misma fue nombrada y cesada, recurriendo sólo cuando la misma suspendió las pruebas de acceso.

2.2º.- Pues bien, hay que recordar que el nombramiento, y también el cese derivan de un proceso selectivo en el que voluntariamente participó para la selección del personal eventual sometido a régimen funcionarial. Aquí no se trata de un nombramiento concatenado, sino de la participación voluntaria en diversas convocatorias para el empleo público, desde el mismo principio de la relación entre la hoy demandante y la administración.

Concretamente la hoy demandante ha participado en cuatro desde el año 2009, sin que la misma haya impugnado el régimen administrativo al que estaban sometidas hasta que ha resultado suspendida. La misma por tanto ha consentido claramente estas actuaciones, y se ha beneficiado del sistema administrativo que ahora pretende combatir por considerar que en realidad encubría la actuación de cara a eludir el régimen laboral de contratación temporal que excluye el carácter indefinido.

2.3º.- Pues bien, aquí se ha expuesto que el programa de contratación indefinida dependía de las subvenciones de la Junta. Eran programas temporales de la Consejería que subvencionaba a los ayuntamientos en el marco de la Ley de Dependencia, tal y como exponía la convocatoria que motivará el nombramiento que la misma mantiene actualmente.

2.4º.- La conclusión de las circunstancias de hecho es doble y es contraria a las pretensiones de la demandante:

I.- La primera que el art. 10.1.c y 10.6 RDLeg 5/2015 permiten la contratación de personal funcionario interino para la ejecución de programas temporales, como el que es objeto del convenio administrativo en cuestión, lo que hace que el art. 10.3 determine que se cesa por las causas previstas, en este caso la finalización de aquel programa y el no haber obtenido plaza en el nuevo, siendo que la duración de estos programas puede llegar, en Castilla La Mancha a los 4 años

(art. 8.1.c L. 4/2011 CLM), dentro de cada uno de los programas que se establecen a través de convenios.

El hecho de que el ayuntamiento haya optado por la contratación en régimen funcionarial en vez de laboral es una decisión propia del ámbito de autoorganización, pues los límites no están impuestos para el carácter funcionarial de actividades (art.

11.2 RDLeg 5/2015 y art. 9.2 RDLeg 5/2015), sino para la contratación en régimen laboral (art. 6 L. 4/2011).

Por tanto, respetando los límites establecidos en la ley y que reservan al personal funcionarial unas determinadas actividades, entra dentro de la propia potestad autoorganizativa la creación de cuerpos de funcionarios para las actividades que se vayan a realizar (art. 72 RDLeg 5/2015).

En definitiva, es correcto que se nombren funcionarios interinos vinculados a la existencia de financiación para programas concretos de ayuda a domicilio, siendo que están vinculados a la financiación externa y que la competencia en materia de bienestar social y todo lo relativo a la dependencia tras la ley 27/2013 no es municipal, no puede hablarse a juicio del que suscribe de un fraude en la contratación temporal, pues en ningún caso podría asumir relaciones indefinidas como pretende el demandante quien en ese momento carecía de la competencia para prestar ese servicio, sin perjuicio que los diferentes programas se puedan implementar y que puedan incluso mantener en el tiempo esas mismas personas, pero vinculadas a un horizonte temporal de vigencia de estos.

II.- La segunda es que la hoy demandante consintió el acto administrativo del que hoy dimana toda la actividad impugnada que más que el nombramiento, que también, es la convocatoria del proceso selectivo donde se especifica claramente la supeditación de los llamamientos a las necesidades del servicio, el carácter temporal y la supeditación de la duración de la bolsa a la duración del convenio.

Por tanto ello implica que deba ser desestimado con base en que no se impugnaron los concursos a los que los nombramientos se refieren, pues no es más que la ejecución de un acto reiteradamente consentido por la hoy demandante mediante su participación en los procedimientos selectivos sin impugnarlos más que cuando la misma no ha obtenido la plaza.

2.5º.- En definitiva la demanda no acredita que los puestos sean estructurales, que es la base de las estimaciones de este tipo de acciones en materia administrativas, antes bien, se acredita que estaban dedicados a una contratación derivada de un convenio para la ejecución de un programa de la Junta, para el cual, además las competencias municipales fueron recortadas con la ley 27/2013 y por tanto es competencia de la propia administración; siendo igualmente que el régimen de contratación no se acredita que deba ser laboral por otro motivo que en un principio lo fue o que es la voluntad de la misma.

Hay que recordar que la jurisprudencia incluso ha admitido la novación de lo inicialmente laboral hacia una relación administrativa, por ejemplo en la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 2ª, de 24 de

Octubre de 2016 (que cita la demandada) cuando dice que "Lo anterior significa que sin perjuicio de la anterior e indebida relación laboral, el interesado se vinculó a la administración local como funcionario interino durante los cuatro últimos años, Lo anterior significa que el demandante estuvo inicialmente vinculado con el ayuntamiento demandado, como ya hemos indicado, por una relación de naturaleza laboral, pero al ser nombrado después funcionario interinó, novó aquella relación que quedó extinguida y sustituida por la naturaleza administrativa.". Subrayamos la novación de la relación de servicio, que pasó a ser sujeta a Derecho administrativo desde el primer nombramiento como funcionario interino, que no recurrió. Desaparecida la relación laboral que disciplina la normativa de ese mismo nombre, es obvio que no cabe atender en este orden jurisdiccional la pretensión de reingreso bajo ese régimen".

El fraude de ley debe ser probado, siquiera indiciariamente por la demandante conforme al art. 217.2 LEC, pues es la base de su petición, y tal pretensión no ha sido acreditada debidamente.

2.6º.- En relación a las alegaciones novedosas sobre la legislación autonómica de Castilla La Mancha sobre Servicios Sociales el demandante las identifica en las siguientes normas:

- *Ley 14/2010 CLM de Servicios Sociales de Castilla La Mancha.*
- *Decreto 87/2016 de CLM que regula la dependencia en Castilla La Mancha (arts. 59 y 62)*

A ello añade la legislación de bases del art. 57 LBRRL y la doctrina sobre las interinidades en el marco de los servicios estatutarios de salud.

Igualmente cita la STS de 7 de Noviembre de 2003.

2.7º.- Hay que señalar que la referencia a la legislación de L. 14/2010 se referiría a la competencia de los servicios de atención primaria (art. 15), lo que hay que ponerlo en relación con el art. 25.2.d LBRRL, tras la Ley 27/2013 que limita los mismos a los Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

Si se leen las funciones de los servicios sociales que se señalan por el demandante como propias de los municipios se puede ver que no guardan relación con las que realizó la demandante, pues la prestación concreta de la asistencia a domicilio no puede ser función propia del municipio, sino de la Junta, aunque deba garantizarse su financiación a través de los sistemas de colaboración financiera o de colaboración en la prestación del art. 57 LBRRL (tras las diferentes sentencias constitucionales que lo han depurado), lo que es diferente de la competencia a la que anteriormente nos hemos referido y que, por tanto, no puede asumirse el razonamiento que ha señalado, pues como dice el art. 1 del Decreto 87/2016 lo que se regula es la suscripción de convenios para la prestación de servicios que son competencia de la Junta, siendo que es cierto e indiscutido que las prestaciones que puedan contratar los municipios está sometida a la suscripción de los convenios y que deben financiar los costes de estos servicios (art. 3) como no podría ser de otra manera según la regulación actual de las delegaciones de competencias o servicios (art. 27.6 LBRRL).

La realidad es que la competencia es delegada y sometida a los convenios según la legislación que se alega, lo que supone que deba mantenerse el razonamiento que se ha hecho en los procedimientos anteriores.

En relación con la STS de 7/11/2003 se puede ver claramente que se trata de la legislación que se refiere en cuanto a las normas básicas a la legislación hoy derogada y a una legislación valenciana que califica los puestos reservados a personal laboral de una manera imperativa (art. 16.4 de la Ley valenciana a que se refiere que es la de 1995 y no la actual de 2010. La misma decía en ello que son puestos de naturaleza laboral los que tienden directamente a la producción de bienes o prestación de servicios, y, en general, todos los que impliquen el ejercicio de un oficio concreto. En todo caso, se clasificarán como de naturaleza laboral los siguientes)

En cualquier caso hay que señalar que es la propia normativa autonómica la que determina qué puestos se han de cubrir con personal funcionario o laboral y que el actual art. 11.4 de la L. 4/2011 CLM lo que impide es lo contrario, es decir, que haya un puesto de funcionario servido por personal laboral, pero no que un puesto que pueda ser servido por personal laboral lo sea por personal interino, pues la relación del art. 11.3 es para posibilitar su acceso a dichos puestos, no para reservar al personal laboral los mismos, pues a diferencia de la norma que pronuncia el TS la actualmente vigente en Castilla La Mancha dice "el personal laboral únicamente puede desempeñar los siguientes empleos".

Por tanto no es aplicable el criterio de la sentencia citada en el acto de vista por no ser homogénea la norma autonómica a aplicar y ser plenamente aplicables los razonamientos anteriores".

Previamente ha fijado como elementos de hecho esenciales los que ya hemos reproducido anteriormente:

- *En fecha de 28 de Mayo de 2014 se publica un proceso selectivo para la contratación de personal de ayuda a domicilio como funcionario interino (f. 1 a 3). Consta aprobada con el número en la página . y constan nombramientos y ceses como funcionaria interina en base a ello.*

- *En Enero de 2017 se convoca un nuevo concurso (pág. 45 a 50), en el cual la misma resulta aprobada (f.) y participa en los siguientes donde no obtiene la puntuación necesaria.*

- *Seguidamente se sigue un juicio por despido bajo el número de autos 553/2017 en el Juzgado de lo Social número 2 bis de Ciudad Real, constando el emplazamiento (f. 77 a 80). Este procedimiento judicial se inicia por la demanda contra el despido/ cese de 17 de Julio de 2017 (f. 86).*

En el recurso de apelación se mantiene por la inicial actora que la sentencia parte de un error al afirmar que el nombramiento y cese de la empleada pública deriva de un proceso selectivo en el que participó voluntariamente y no de concatenación de nombramientos. Basa esa afirmación en que únicamente tiene en cuenta la conducta de la demandante y no la del consistorio que es la que debe enjuiciarse. Insiste en que se trata de nombramientos como auxiliar de ayuda a domicilio sin cambio de funciones ni retribuciones y que ese servicio de ayuda a domicilio no ha cesado por lo

que resulta claro el carácter estructural del puesto de trabajo. Se apoya en los razonamientos de la sentencia del Tribunal Supremo número 1426/2018, de 26 de septiembre. Insiste a continuación en mantener que la atención inmediata a las personas en situación de riesgo de exclusión es competencia obligatorio de las entidades locales. Respecto a la vinculación de los programas temporales a las subvenciones obtenidas por la Junta se remite nuevamente los razonamientos de la sentencia del Tribunal Supremo 1426/2018, de 26 de septiembre.

En el epígrafe "conclusiones" insiste en que nos encontramos ante una contratación o nombramiento temporal en fraude de ley y que el ayuntamiento continúa ofertando el mismo servicio de manera temporal habiendo superado los plazos previstos en las leyes tanto para contratos indefinidos encadenados como para interinidades. Reitera que el hecho de que se trate de programas temporales ligados a programas y competencias de diferentes organismos no desvirtúa la permanencia legal ni la laboralidad ni las funciones desempeñadas que deben ser analizadas de acuerdo con su propia realidad de ayuda a domicilio. insiste en que se trata de un supuesto de fraude de ley y que el hecho de fraccionar la temporalidad de los programas para evitar la superación de los cuatro años cuando se da, como en nuestro caso, continuidad de los servicios de los mismos, es un fraude de ley que los tribunales deben ajustar a derecho.

Altera, finalmente, el contenido de la petición que incorporaba la demanda indicando que debe convertirse su contrato en laboral indefinido fijo o, aplicar subsidiariamente la solución establecida por la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, número 1426/2018, de 26 de septiembre. Esto último lo incorpora a la solicitud de estimación del recurso de apelación, una vez pedida la revocación de la sentencia de primera instancia.

Frente a la anterior la defensa del ayuntamiento destaca que el recurso de apelación incorpora cuestiones totalmente nuevas que no fueron planteadas en la instancia y que por ello no pueden ser objeto de análisis en apelación. Insiste en la corrección de los razonamientos que refleja el fundamento de derecho SEGUNDO de la sentencia apelada. Considera igualmente relevante lo razonado en la sentencia de esta Sala, sección segunda de 24 de octubre de 2016 respecto a que el nombramiento como interino supone novación de la previa relación laboral al ser sustituida por otra de naturaleza administrativa. Insiste en que el nombramiento como interino no puede entenderse hecho en fraude de ley y que, dado que se trata de un nombramiento como funcionario interino no puede ser estimada la petición principal de la parte actora.

QUINTO.

Como ya hemos adelantado el recurso de apelación no puede ser estimado, presentando la presente problemática notable similitud con la que fue analizada y resuelta por esta misma Sala y Sección en el recurso de apelación número 304/2019, de fecha 24 de mayo de 2021, planteada en la que supuesto frente a sentencia del mismo Juzgado de lo contencioso administrativo de 19 de

septiembre de 2018 que, a su vez, desestimó un recurso contencioso planteado por quien se encontraba en una situación equiparable a la de la ahora apelante. La fundamentación jurídica de la sentencia de primera instancia venía a coincidir con la que refleja la apelada en este recurso y en aquella sentencia razonamos lo siguiente:

"... TERCERO. Centrándonos en el supuesto que nos ocupa y partiendo de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, el rechazo de la sentencia de primera instancia a la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo alegado por la defensa del ayuntamiento acto de juicio queda excluido de esta apelación que ha sido interpuesta únicamente por la parte actora en primera instancia.

En coherencia con lo anterior debemos partir de que la parte actora y apelante, al inicio del acto de la vista modificó el suplico de la demanda renunciando a la petición de indemnización, manteniendo la petición relativa la anulación de los actos impugnados, incluyendo el cese de la funcionaria por fraude de ley, carencia total de motivación y causa legal, y en consecuencia se proceda nombramiento legal forma de la demandante como personal laboral indefinido hasta la legal cobertura o amortización de la plaza conforme a los dictados de la normativa vigente. A esa pretensión, y los argumentos en los que se sustentaba en la demanda, da cumplida respuesta la sentencia que ahora se apela.

Comenzando por el primero de los motivos de impugnación que articula el recurso de apelación, la inicial demandante mantiene que el Juzgador ha incurrido en una errónea valoración de la prueba y en lugar de analizar la existencia o inexistencia de nulidad de los decretos del ayuntamiento impugnados ha elaborado una sentencia en la que se aborda exclusivamente la posibilidad de cesar a un trabajador interino, y ello sin tener en cuenta el contenido de las resoluciones y la delimitación del suplico que efectuó en el acto de la vista.

La crítica resulta especialmente injustificada en este caso teniendo en cuenta los términos en los que se redactó la demanda, genéricos, y no concretados a la específica situación de la demandante. Ello quedó claro al inicio del acto de juicio en el que su defensa manifestó que quería rectificar varios puntos de la demanda aceptando que la actora no había sido nunca personal laboral y que siempre había sido funcionaria interina. Modificó igualmente los términos del suplico como hemos visto arriba. Frente a ello la sentencia si refleja una serie datos relevantes que obtiene del expediente administrativo, y los describe con detalle tomándolos después en consideración a efectos de aplicar la normativa y concluir la consecuencia jurídica que, adelantamos, compartimos plenamente.

En las alegaciones siguientes de este primer apartado del recurso de apelación lo que la parte apelante hace es alterar el fundamento de su petición haciendo referencia al contenido de los convenios y acuerdos de colaboración entre la Junta y el Ayuntamiento a los que no se refirió ni hizo mención alguna en la demanda. En este sentido la sentencia da una respuesta motivada, razonable y congruente con los motivos de impugnación planteados. De hecho el recurso de apelación no llega a concretar una hipotética incongruencia omisiva sino que, reiteramos, lo que

pretende y esto resulta inadmisible, es alterar el fundamento mismo de su pretensión incluidos los datos en los que se basaba.

En este sentido basta recordar que en la demanda se afirmaba inicialmente que había sido personal laboral y después funcionaria interina (se modificó esa afirmación en el acto de la vista) y que consideraba, dado el tiempo que llevaba realizando la misma actividad, que se trataba de una relación única y de una plaza estructural. Afirmaba que debía tomarse en consideración ese periodo de tiempo de desarrollo de la actividad y la generalización del servicio público. Concluía en el antecedente de hecho sexto que "la relación ha sido única y de carácter laboral", insistiendo en que se trataba de un contrato indefinido desde el principio. Concluye también que se trataba de un cese en fraude de ley y sin motivación. Ya en los fundamentos de derecho, en lo que puede considerarse como alegaciones no genéricas o reproducción de razonamientos de otras sentencias, hace referencia al programa de ayuda a domicilio afirmando que lo inicia como con trabajador contratado laboral y después como funcionario interino de una manera fraudulenta . Finalmente en el fundamento de derecho V menciona el Decreto autonómico 110/2002 y el artículo 9 de la ley 4/2011 para mantener que no es cierta la temporalidad del programa sino que es consustancial a la actividad del ayuntamiento.

Pues bien esas alegaciones y motivos de impugnación, como hemos adelantado, tuvieron adecuada y correcta respuesta en los razonamientos de la sentencia, en el fundamento de derecho que hemos transcrito y el que nos remitimos íntegramente. Nada podemos añadir al respecto puesto que resulta suficiente para rechazar justificada y motivadamente el planteamiento que el actor mantuvo en la demanda como fundamento de su pretensión.

En conclusión, lo planteado novedosamente en la alegación cuarta del recurso de apelación no puede ser admitido al no verse alegado ni utilizado como fundamento de la pretensión en la demanda ni tampoco en el acto de juicio, ni siquiera en trámite de conclusiones aun cuando en este momento ya hubiera resultado extemporáneo.

Los argumentos o motivos de impugnación expuestos en la alegación séptima y octava no desvirtúan los razonamientos de la sentencia a los que nuevamente nos remitimos y que, volvemos a reiterar , motivada y justificadamente, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes en la situación jurídico-administrativa de la recurrente y la normativa aplicable (incluida la indicada en el punto 2.6 en relación con la competencia sobre la materia de servicios sociales) rechazan el recurso contencioso administrativo planteado. De ellos destacamos que ya se le indicó a la parte que " el fraude de ley debe ser probado, siquiera indiciariamente por la demandante conforme al artículo 217.2 LEC pues es la base de su petición, y tal pretensión no ha sido acreditada debidamente ".

Como hemos adelantado también este caso recurso de apelación debe desestimarse al ser correctos los razonamientos de la sentencia de primera instancia que esta Sala comparte. Al margen de que a través del recurso de apelación se lleva a cabo una inasumible alteración de la pretensión formulada en el suplico de la demanda (pedía que se le nombrará como personal

laboral indefinida) sirviéndose para ello de la referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 dictada en recurso de casación 785/2017, y que el supuesto que estamos analizando- cese de interino virtud del nombramiento para artículo 8.1c de la ley 4/2011- no es idéntico al resuelto por aquella sentencia ,en la misma se sigue exigiendo, o si se prefiere, se parte, de la constancia de utilización abusiva de nombramientos sucesivos y concatenados.

Sólo podemos insistir en lo ya expuesto en la sentencia de primera instancia en el sentido de que el fraude de ley *"debe ser probado, siquiera indiciariamente por la demandante conforme al artículo 217.2 LEC pues es la base de su petición, y tal pretensión no ha sido acreditada debidamente".*

En este sentido ya se ha razonado que lo más relevante es que en el último nombramiento se indicaba que se hacía en base al artículo 8.1 C de la ley 4/2011 y al convenio de ese año y que se mantendría mientras subsista la vigencia del convenio con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En el Decreto de cese se hacía referencia igualmente y en coherencia con lo anterior al artículo 8.1c de la ley 4/2011.

De igual forma consideramos relevante a efectos de rechazar el planteamiento de la parte actora que, como se exponía la sentencia de primera instancia, el correspondiente nombramiento- y en coherencia con ello el cese- deriva de un proceso selectivo en el que voluntariamente participó la actora, dirigido a crear una bolsa de empleo en la que se indicaba expresamente que se ajustará al periodo de vigencia del convenio con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. No menos significativo resulta que la impugnación del cese, primero ante la Jurisdicción Social, se plantea una vez que la actora ha quedado excluido de un nuevo proceso selectivo en el que también participó libremente, con el mismo objeto de seleccionar personal para una bolsa para su posterior nombramiento en su caso como funcionario interino y, en previsión, a nuevo convenio que se firme con la Junta de Comunidades.

SEXTO.

En materia de costas procesales conforme a lo establecido en el artículo 139.2 de la LJCA, al haber sido desestimados tanto el recurso de apelación planteado por la inicial parte actora como el planteado por el ayuntamiento de Puertollano, se imponen las costas de cada uno de ellos a la parte apelante , fijando como importe máximo a abonar en concepto de honorarios de letrado en ambos casos la cantidad de 1.000 € (IVA excluido).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por DOÑA
frente a sentencia de 13 de diciembre de 2018 dictada en procedimiento abreviado número 25/2018 de los tramitados ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real;

Desestimamos igualmente el recurso de apelación planteado por el ayuntamiento de Puertollano frente a sentencia de 13 de diciembre de 2018 dictada en procedimiento abreviado número 25/2018 de los tramitados ante el Juzgado de lo contencioso administrativo número 2 de Ciudad Real

Se imponen las costas de cada uno de los recursos de apelación a la parte apelante, fijando como importe máximo a abonar en concepto de honorarios de letrado en ambos casos la cantidad de 1.000 € (IVA excluido).

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

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

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Constantino Merino González, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia , doy fe, en Albacete