ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00158/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL

Equipo/usuario: E01

N.I.G: 13034 45 3 2018 0000043
Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000024 /2018 /
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL
De D/Dª:
Abogado: JUAN CARLOS GARCIA DE DIEGO
Procurador D./Dª:
Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA NUM. 158/18

En Ciudad Real, a 3 de septiembre de 2018.

La dicta D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Ciudad Real, habiendo conocido los autos de la clase y número anteriormente indicados, seguidos entre

I) , debidamente representada y asistida por D. JUAN CARLOS GARCÍA DE DIEGO como demandante.

II) EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO, debidamente representado y asistido por DÑA. CARMEN SANTOS ALTOZANO como parte demandada.

Ello con base en los siguientes

ANTENCEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha de entrada de 26 de Enero de 2018 se presentó demanda por la referida demandante *desestimatorias de los recursos de reposición que se acompañan, concretamente Decreto 2017/6250 y cese de dicha empleada.*

En el suplico de la demanda se solicitaba que ***1º.-*** *Que, teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y, en su virtud, tener por formulada demanda en*

Firmado por: BENJAMIN SANCHEZ FERNANDEZ
09/08/2018 09:50
Minerva

Firmado por: GREGORIO PEREZ FERNANDEZ-MAYORALAS
10/08/2018 08:53
Minerva

materia de personal y declarar nulos los decretos impugnados, incluyendo el de cese de la Funcionaria, por fraude de ley, carencia total de motivación y causa legal. 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. 2º.- Se reconozca el derecho a una indemnización por causas asimilable al despido objetivo según la directiva 1999/70: indemnización correspondiente a 45/33 días de 16.760,82 euros o subsidiariamente la indemnización de 20 días de salario por año trabajado ascendería a la cantidad de 8.687,76 euros calculados de los contratos celebrados, en los que se ha trabajado 3.819 días, 10.60 años con un salario sujeto a IRPF de 1229.59 mensual asciende a 212 días de indemnización por 40.98 euros día con sus intereses legales, contra el Ayuntamiento citado en la cabecera de esta demanda y, tras los trámites legales que procedan, se sirva por señalar día y hora para la celebración del acto juicio, tras el que, en definitiva, dicte sentencia por la que se declare que la relación iniciada con la demandada desde el día 29 de marzo de 2005, lo es en fraude de ley, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración. 3º.- Se proceda a la condena en costas a la parte demandada de acuerdo con el artículo 139 de la LJCA (por imperativo legal).

SEGUNDO.- Que dicha demanda fue admitida a trámite conforme a lo dispuesto en el art. 78.3 LJCA mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia, señalando en el mismo para la celebración de la vista en fecha 24 de Julio de 2018 y acordando requerir el procedimiento administrativo a la administración demandada, que fue aportado a los autos con la anterioridad debida a la misma.

TERCERO.- Que en la fecha señalada se celebró el acto de vista al que acudieron las partes debidamente representadas y asistidas, grabándose el mismo conforme a lo ordenado en el art. 63.3 LJCA en soporte para la reproducción del sonido y de la imagen con garantías de autenticidad, manifestando el demandante lo que a su derecho convino y contestando el demandado en igual forma. Atendidos los hechos, únicamente se propuso como prueba la documental que obraba en las actuaciones.

CUARTO.- Tras las solicitud y aceptación de la prueba se concedió la palabra a las partes para que formularan conclusiones conforme al art. 78.19 LJCA, formulando las mismas y quedando las actuaciones vistas para el dictado de la presente.

A estos antecedentes les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la excepción de inadmisibilidad.

1.1º.- El principal motivo de discusión ha sido la caducidad de la acción del demandante, y la realidad es que se mire por donde se mire y se interprete como se interprete la demanda debe ser rechazada por inadmisibilidad.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

1.2º.- Los elementos de hecho esenciales son los que siguen:

- La hoy demandante ha mantenido una relación laboral con el ayuntamiento demandado, en virtud de la cual, prestó servicios como personal laboral temporal para el mismo mediante la concatenación de contratos y comenzando a ello desde el año 2011, existiendo contratos anteriores en el expediente administrativo que se remontan al año 2008.

- En fecha de 24 de Abril de 2009 se realiza un proceso selectivo para el nombramiento de funcionarios interinos, entre los que se encuentra la hoy demandante (pág. 21 a 23 del expediente) con el número 172 (pg. 43) y recibiendo la nota por la que consiguió el puesto número 13 en la relación definitiva de aprobados (pg. 48).

- En base a ello se la nombra como funcionaria interina y se la cesa en diferentes ocasiones, tal y como consta en el expediente administrativo.

- En fecha de 15 de Mayo de 2012 se convoca un nuevo proceso selectivo (pgs. 65 a 67), en el que nuevamente toma parte la demandante y es finalmente aprobada con el número 28 (pg. 80), lo que da lugar nuevamente a otros nombramientos como interina por parte de ésta con los ceses.

- En fecha de 28 de Mayo de 2014 se publica un nuevo proceso selectivo para la contratación (f. 88 a 90). Consta aprobada con el número 132 en la página 106 y constan nuevos nombramientos y ceses como funcionaria interina.

- En Enero de 2017 se convoca un nuevo concurso (pág. 113 a 120), en el cual la misma obtiene la nota necesaria para pasar a ulteriores ejercicios (f. 135), siendo que obtuvo una puntuación de 1,95 puntos en esa segunda fase y terminando como no aprobada (f. 138).

- Seguidamente se sigue un juicio por despido bajo el número de autos 538/2017 en el Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real, constando el emplazamiento (f. 145 a 148). Este procedimiento judicial se inicia por la demanda contra el despido/ cese de 15 de Junio de 2017 (f. 149).

- Un dato clave es el que obra en los autos (ff. 156 a 158) en el que se puede ver que aquel procedimiento de la jurisdicción social concluyó mediante decreto por desistimiento del actor en fecha de 19 de Octubre de 2017.

- Tras ello consta reposición contra el cese "al entenderla nula" (f. 160), 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 (f. 160).

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

- La respuesta señala que el recurso es extemporáneo al haber transcurrido más de cuatro meses desde el mismo (pág. 162).

- 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 (págs. 168 a 170).

- 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.

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).

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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.

1.12ª.- 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.- De la cuestión de fondo. El fraude de ley en la contratación que se alega.

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. 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

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Consejería que subvencionaba a los ayuntamientos en el marco de la Ley de Dependencia, tal y como exponían las convocatorias en las cuales participó sin problema alguno.

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.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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, pero siendo que la jurisprudencia 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.

TERCERO.- Pronunciamientos, costas y recursos.

3.1º.- Debe ser desestimado el recurso contencioso administrativo conforme al art. 70.1 LJCA.

3.2º.- Procede la no imposición de costas a ninguna de las partes (art. 139.1) al no haberse acogido la pretensión de inadmisibilidad formulada por la demandada.

3.3º.- No es susceptible de apelación la presente (art. 81.1.a LJCA), ni tampoco de casación (art. 86 LJCA) al ser una sentencia desestimatoria.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Por todo ello, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. El Rey y en uso de la potestad que me confiere la Constitución Española,

FALLO

Que DESESTIMO el recurso contencioso administrativo presentado por debidamente representada y asistida por D. JUAN CARLOS GARCÍA DE DIEGO como demandante frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO, debidamente representado y asistido por DÑA. CARMEN SANTOS ALTOZANO como parte demandada.

No se imponen las costas.

La presente resolución **no** es susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno en la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de los que considere oportuno interponer la parte.

Procédase a dejar testimonio de esta sentencia en las actuaciones, y pase el original de la misma al Libro de Sentencias. Una declarada la firmeza de la sentencia, devuélvase el expediente a la Administración pública de origen del mismo.

Así por esta, mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION. - La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Sr. Magistrado-Juez que la dictó y firma, constituido en audiencia pública. Doy fe.