



Roj: **STS 4819/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4819**

Id Cendoj: **28079130042021100432**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/12/2021**

Nº de Recurso: **4659/2019**

Nº de Resolución: **1535/2021**

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

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3635/2019,**  
**ATS 1406/2021,**  
**STS 4819/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.535/2021**

Fecha de sentencia: 20/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4659/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 4659/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1535/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

Dª. Celsa Pico Lorenzo



D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 20 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 4659/2019, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José María Ruíz de la Cuesta Vacas, en nombre y representación de don Luis Antonio, asistido del letrado don Francisco Javier Araúz de Robles Dávila contra la Sentencia de 9 de abril de 2019, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de apelación núm. 146/2018, interpuesto, a su vez, contra la sentencia de 29 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 32 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 182/2017, sobre reconocimiento de derecho a ser integrado como personal indefinido fijo de la Administración.

Se ha personado, como parte recurrida, el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que legalmente ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 32 de Madrid ha dictado sentencia de fecha 29 de septiembre de 2017 en el recurso contencioso administrativo núm. 182/2017, interpuesto por don Luis Antonio contra el Servicio Madrileño de Salud.

En concreto, el Juzgado citado dispuso:

"FALLO

DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre y representación de D. Luis Antonio contra la resolución de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid mencionada más arriba, la cual confirmo por considerarla ajustada a Derecho. Con imposición en costas a la parte demandante, respecto de las causadas en este proceso".

**SEGUNDO.**- Ante la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Madrid se ha seguido el recurso de apelación núm. 146/2018, interpuesto por don Luis Antonio, contra la citada sentencia de fecha 29 de septiembre de 2017.

En el citado recurso de apelación, se dicta sentencia el día 9 de abril de 2019, cuyo fallo es el siguiente:

"FALLO

En atención a lo expuesto, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Luis Antonio contra la sentencia de 29 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 32 de Madrid en el procedimiento abreviado número 182/2017, sentencia que se confirma con imposición al recurrente de las costas del recurso con el límite fijado en el último fundamento de la sentencia."

**TERCERO.**- Contra esta sentencia fue preparado recurso de casación por la representación procesal de don Luis Antonio y la Sala territorial lo tuvo por preparado, por lo que se elevaron los autos y el expediente administrativo a este Tribunal, ante el que la parte recurrente interpuso el citado recurso de casación.

**CUARTO.**- Mediante auto dictado por la Sección Primera de esta Sala de fecha 4 de febrero de 2021, se acordó admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de don Luis Antonio acordando:

"Segundo. - Precisar que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

1ª) Si, de conformidad con las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14), de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) y la STS de 26 de septiembre de 2018 (recurso casación núm. 1305/2017), se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal ex artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.



2ª) En caso de respuesta negativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración

3ª) En caso de respuesta afirmativa -existencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

4ª) Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal, debe adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación.

5ª) Si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada "condiciones de trabajo" a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y, en su caso, determinar si existe o no discriminación en aquellos supuestos en que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal ( STS 17 de noviembre de 2020, recurso casación núm. 4641/2018).

6ª) Si la movilidad horizontal y la vertical, esto es, si los traslados, la promoción profesional y los ascensos han de ser consideradas también "condiciones de trabajo" a efectos de determinar si existen o no discriminaciones entre el personal estatutario temporal y el fijo ( STS 7 de noviembre de 2018, recurso de casación núm. 1781/2017).

**Tercero.-** Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas los artículos 10 y 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, (actuales artículos 10 y 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015), artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999) y los artículos 14 y 23 de la Constitución Española."

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso, presentado el día 1 de abril de 2021, la parte recurrente solicita que se dicte sentencia que " case y anule la sentencia recurrida para, en su lugar, dictar nueva sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia. "

**SEXTO.-** Conferido trámite de oposición mediante providencia de 29 de abril de 2021, la parte recurrida presenta escrito el día 2 de julio de 2021 solicitando que se dicte "sentencia desestimatoria del Recurso de Casación confirmando la resolución recurrida."

**SÉPTIMO.-** Mediante providencia de fecha 24 de septiembre, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 16 de noviembre de 2021, fecha en la que se inició su deliberación, continuándose la misma hasta el día 30 de noviembre de 2021. Entregada la sentencia por el magistrado ponente el día 16 de diciembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada el 9 de abril de 2019 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso de apelación núm. 146/2018, que confirma la dictada el día 29 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 32 de Madrid en el procedimiento abreviado 182/2017, sobre reclamación formulada por personal estatutario temporal de carácter sanitario de la Comunidad Autónoma de Madrid (especialista en **medicina** interna), con nombramiento de carácter interino, para ser considerado como personal estatutario fijo o, subsidiariamente, estatutario asimilado a fijo, como sanción procedente por abuso en la contratación temporal, así como otros aspectos de la carrera profesional, todo ello en aplicación del Acuerdo Marco sobre Trabajo de Duración Determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de Junio de 1999.

La cuestión central planteada por la parte recurrente era la existencia de un abuso fraudulento en el nombramiento como empleado estatutario temporal interino, de carácter sanitario, pues, mediante un nombramiento reiteradamente renovado, venía desempeñando sus servicios profesionales desde hace 13 años como especialista en **medicina** interna, ocupando de forma constante y continuada plaza en la Unidad de **medicina** interna del Hospital Virgen de la Torre de Madrid, y en régimen de igualdad de cometidos, tareas, obligaciones, funciones y responsabilidades con sus homónimos especialistas de **medicina** interna con nombramientos de personal estatutario fijo comparable, atendiendo a necesidades ordinarias del SERMAS de carácter permanente, indefinido y estructural.



Consideraba que tal situación debía ser corregida con la estabilidad en el empleo, como única sanción al abuso en la relación temporal sucesiva, ello mediante la transformación de la relación estatutaria temporal en una relación estatutaria fija o asimilada a ésta, y el mantenimiento del recurrente en su puesto de trabajo, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, en régimen de igualdad con los homónimos titulares fijos, rechazando expresamente como medida efectiva y disuasoria para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva la mera transformación del nombramiento temporal en uno como indefinidos no fijo, así como una posible indemnización.

**SEGUNDO.**- La sentencia de primera instancia admite que la Administración había incurrido en práctica abusiva contraria del espíritu de la Directiva 1999/70/CE con los nombramientos de carácter temporal realizados con el médico internista recurrente desde el año 2008, ello porque en forma previa al vigente de carácter interino, datada en 2015, había realizado hasta 14 nombramientos de carácter eventual. A continuación niega la conversión de su relación temporal en una fija porque (i) la propia jurisprudencia europea remite a los Estados miembros para que acometan la labor de regular la situación y adaptar su régimen interno a las directrices que emanan de la Directiva, siendo así que solo la Administración está facultada para ello haciendo uso de la iniciativa legislativa; y, (ii) porque la jurisprudencia española no la admite por la existencia de irregularidades en los nombramientos temporales.

La sentencia de apelación confirma la imposibilidad de transformar el nombramiento temporal en fijo. Considera que, desde el 24 de mayo de 2015, fecha en que fue realizado el nombramiento de carácter interino vigente, no cabe hablar de nombramientos consecutivos pues su nombramiento no es ya para los supuestos del art. 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario (EMPE) sino para los del artículo 9.2, de manera que se acordará el cese cuando se incorpore personal fijo a la plaza que desempeñe, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, así como cuando dicha plaza resulte amortizada. De esta manera rechaza que la situación de abuso deba examinarse tomando en consideración que previamente fue objeto de 14 nombramientos sucesivos como personal estatutario eventual para prestar servicios en la Unidad de **medicina** interna del Hospital Virgen de la Torre de Madrid.

Sobre esa base añade que no cabe apreciar situación de abuso por la demora razonable o no en la cobertura de las plazas con personal fijo, ni, en consecuencia, vulneración de las cláusulas 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo Marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE, ni de los preceptos de la Unión Europea, ni la adopción de medidas para sancionar el abuso incompatible con la dicha Directiva. Como tiene declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 23 de abril de 2009 (C-378/07), la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo marco, no es aplicable a los trabajadores que hayan celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada.

Además, esta sentencia de apelación rechaza (i) el reconocimiento del derecho a la carrera profesional horizontal porque las resoluciones recurridas no vienen a denegar el derecho sino que inadmitían la solicitud presentada porque no se recurría ninguna concreta disposición, acto, actividad, inactividad o vía de hecho; (ii) el derecho a la carrera profesional vertical, que viene reservado a los funcionarios de carrera, en nuestro caso al personal estatutario fijo, y su contenido se encuentra justificado objetivamente por ello, mientras que el interino es nombrado para cubrir un determinado puesto a que está vinculo, de manera que perdería sentido el propio nombramiento como interino si dejase de ocuparse el puesto que justificó su nombramiento para ir a desempeñar otro distinto en virtud de concurso.

**TERCERO.**- El interés casacional del recurso ha quedado delimitado, a tenor de lo declarado mediante auto de esta Sala Tercera (Sección Primera) de 4 de febrero de 2021, en determinar:

1ª) Si, de conformidad con las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14), de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C.103/18 y C-429/18) y la STS de 26 de septiembre de 2018 ( STS 3251/2018, en el recurso 1305/2017), se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino ex artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

2ª) En caso de respuesta negativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

3ª) Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal interino, debe adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación.



4ª) Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización en caso de cese, por qué concepto y en qué momento.

5ª) Si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada "condiciones de trabajo" a efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y, en su caso, determinar si existe o no discriminación en aquellos supuestos en que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal ( STS 17 de noviembre de 2020, dictada en recurso de casación 4641/2018).

6ª) Si la movilidad horizontal y la vertical, esto es, si los traslados, la promoción profesional y los ascensos han de ser consideradas también "condiciones de trabajo" a efectos de determinar si existen o no discriminaciones entre el personal estatutario temporal y el fijo ( STS 7 de noviembre de 2018, dictada en recurso de casación 1781/2017)."

En esa misma resolución también se acordaba "Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos 10 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, contenido en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA."

**CUARTO.-** En su escrito de interposición mantiene la parte recurrente que la sentencia recurrida incurre en las siguientes infracciones del ordenamiento jurídico:

1ª) de la cláusula 5 del Acuerdo marco de la Directiva 1999/70, ello porque la sentencia sostiene que el recurrente -que acredita más de 13 años de servicios continuados como médico especialista en **medicina** interna en la misma unidad hospitalaria y Hospital de la Comunidad Autónoma de Madrid-, no se encuentra en una situación de abuso incompatible con la cláusula 5 del Acuerdo marco.

En este ámbito, con cita de diversas sentencias del TJUE, como la de 19 de marzo de 2020 (c-103/18 y 429/18, núm. 79), alega que existe abuso en el nombramiento temporal desde el momento en que ha sido acreditado el desempeño continuado de las mismas funciones y puesto de manera permanente durante 13 años, ello después de acceder al puesto con sujeción a los principios constitucionales de igualdad, publicidad y libre concurrencia. Afirma que, de esa manera, se conculcó el artículo 10.4 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 (EBEP), cuando se impone que "las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización", sin que la Administración autonómica haya convocado desde el año 2000 ni un solo proceso selectivo para ingreso en el cuerpo al que pertenece la plaza desempeñada, a excepción del año 2009. También quedó inaplicable el artículo 70 del propio EBEP por cuanto la plaza desempeñada no se incluyó en las sucesivas ofertas de empleo público para provisión.

Además, aduce que tal y como declaran las SSTJUE de 22 de abril de 2010 (C-406/08, núm. 45 y 46); de 26 de noviembre de 2014 (C-22/13, núm. 110); de 25 de octubre de 2018 (C-331/17, núm. 44); o de 27 de febrero de 2015, (C-238/14, núm. 51), "ni la gestión rigurosa del personal, ni las consideraciones de índole presupuestaria, ni la dificultad o complejidad de crear empleos fijos, ni la falta de medidas de prevención y sanción, pueden justificar la utilización abusiva de sucesivos contratos temporales en el sentido de las Cláusulas 4 y 5 del Acuerdo marco".

2ª) de la cláusulas 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo Marco y de los arts. 10 TCE; 4 del TUE; 234, 264, 267, 288 y 291 del TFUE, y arts. 4 bis de la LOPJ, y 6.4 del Código Civil, y de los principios de prevalencia del Derecho de la UE, de cooperación leal y de efecto útil, ello porque la sentencia no admite ni reconoce su condición de personal estatutario fijo como medida sancionadora y correctora del abuso, afirmando que esta sería la única medida efectiva y disuasoria para la corrección.

En apoyo de este planteamiento comienza afirmando que en la legislación española no existe ninguna medida sancionadora efectiva para corregir el abuso y acabar con la situación de precariedad, siendo evidente que una vez producido el abuso "es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores, efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión", ello según doctrina fijada por el TJUE ( STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15, núm. 38) y de 19 de marzo de 2020 (C-103/18, núm. 88),

Sus alegaciones parten de que el auto TJUE de 30 de septiembre de 2020 (c-135/20) viene a declarar "la obligación de transformar en fijos a los funcionarios temporales portugueses en razón de que la Legislación portuguesa no establece ninguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de la Directiva 1999/70



en el sector público", resaltando que esta doctrina ya fue aplicada al personal público español sujeto a derecho administrativo por la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (c-184/15, núm. 41). Hace cita también del auto del TJUE de 30 de septiembre de 2020 (c-135/20) y de la STJUE de 11 de febrero de 2021 (c-760/18, núm. 58).

En esa misma línea argumentativa niega la efectividad de las posibles medidas en la Legislación española, acudiendo para ello a la STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18) cuando analiza esta cuestión y declara que (i) no sirven a esa finalidad los procesos selectivos y de estabilización de empleo -núm. 97 a 101); (ii) tampoco la transformación en la figura de indefinido no fijo permite la sanción efectiva del abuso ya que no deja de ser un empleo temporal y no disfruta de las mismas condiciones de trabajo -núm. 102-; (iii) una eventual indemnización no sirven a la finalidad disuasoria porque la única legalmente prevista, en el Estatuto de los Trabajadores, es independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la contratación laboral, percibiéndola tanto los fijos como los temporales.

Dando un paso más en la defensa de la medida de transformación de la relación de empleo temporal en una indefinida como la única posible, afirma que las medidas contenidas en las SSTS núm. 1425 y 1426/2018, de 26 de septiembre, (recurso de casación 785 y 1305/2017) tampoco son acordes con la Directiva 1999/70 porque (i) la que se hace es perpetuar la temporalidad y la precariedad hasta que la Administración empleadora decida que existe una necesidad estructural y convoque los correspondientes procesos selectivos; (ii) los artículos 9.3 de la Ley 55/2003 y 10.4 del EBEP solo obligan a estudiar la existencia de la necesidad estructural y la conveniencia de proveer la necesidad con un empleado fijo, sin corregir de manera efectiva el abuso ya que ningún efecto desfavorable recae sobre la Administración infractora que puede decidir no actuar y, además, no genera ningún beneficio que proteja al empleado y le compense de la falta de protección por la precariedad sufrida; (iv) la doctrina del Tribunal Supremo se ha demostrado contraria a las STJUE de 25 de octubre de 2018 (c-331/17), de 19 de marzo de 2020 (c-103/18) y de 11 de febrero de 2021 (c-760/18) y al Auto TJUE de 30 de septiembre de 2020 (c-135/20).

Remarca con todo ello que la única medida posible y que es la que solicita, sería la conversión de la relación de duración determinada en una relación de fijo o asimilado a fijo.

3ª) del derecho del personal público temporal a la carrera profesional, como ya tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 17 de noviembre de 2020 (rec. de casación 4641/2018), y de 23 de febrero de 2021 (rec. de casación 2495/2019), que casan sentencias idénticas o similares a la aquí impugnada, por lo que resulta la necesaria estimación de esta casación en este punto.

4ª) de la cláusula 4 de Acuerdo marco por no reconocer el derecho del personal público temporal a la movilidad horizontal y vertical, ello razonando que estos derechos no son condiciones de trabajo, sino consecuencia de la pertenencia a la categoría de personal público temporal, y que su exclusión está objetivamente justificada por la específica naturaleza de estos empleados temporales.

En tal sentido aduce que es evidente que la promoción profesional, la provisión de vacantes y los ascensos son condiciones de trabajo a efectos de la cláusula 4 del Acuerdo marco, pues como dice la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-158/16, nº 34, "la expresión "condiciones de trabajo" designa los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo, como las relativas a la finalización de esta relación laboral".

Con base en todo ello termina suplicando la estimación del recurso, con anulación de la sentencia impugnada y el dictado de otra que resuelva conforme a lo solicitado en la instancia

**QUINTO.-** El Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid solicita la desestimación del recurso afirmando, en esencia, (i) que no concurre una situación de abuso ya que nos encontramos ante un único nombramiento continuado en el tiempo, tal y como tiene declarado la STS de 24 de septiembre de 2020, en el recurso de casación 2303/2018, el TJUE de sentencia de 23 de abril de 2009 (c-378/07 y acumulados); (ii) que no es posible la transformación de la relación laboral en fija según reiterada doctrina del Tribunal Supremo.

Se opone al reconocimiento del derecho a la carrera horizontal y vertical con base a las razones apuntadas en la instancia y viene a reproducir los argumentos dados en la sentencia, solicitando su confirmación.

**SEXTO.-** Antes de seguir adelante, es preciso dejar constancia de que la recurrente ha hecho uso reiterado y reiterativo de la facultad prevista en los artículos 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aportando diversas resoluciones tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de órganos jurisdiccionales españoles. Además, en los correspondientes escritos no se limitó a aportar copia de las resoluciones, sino que desarrolló una amplia argumentación, llegando incluso a pedir explícitamente el planteamiento de cuestiones prejudiciales.



Sin perjuicio de lo que esta Sala haya de decir a continuación sobre los motivos esgrimidos para sustentar el recurso de casación, debe subrayarse que ese modo de proceder es irregular: no cabe prolongar los alegatos de parte más allá del momento en que el debate procesal ha quedado concluso. Por ello, esta Sala tendrá por no formuladas las peticiones recogidas en los escritos presentados con base en los artículos 270 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en cuanto a la aplicación al presente caso del Acuerdo Marco arriba mencionado, estará a la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**SÉPTIMO.**- La primera cuestión que debe ser analizada es la relativa a la denunciada infracción de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva comunitaria 1999/70, es decir, a la existencia o no de abuso por parte de la administración. Para alcanzar la conclusión correspondiente debemos atender tanto a la situación fáctica concurrente como a la normativa de aplicación.

#### 1. La situación fáctica.

Hay que comenzar por tener en cuenta que la sentencia ahora recurrida, que es la dictada en apelación, centra el examen de esta cuestión en el nombramiento de carácter interino realizado el 24 de mayo de 2015, desechando las anteriores relaciones estatutarias temporales de carácter eventual que llevarían el inicio de la supuesta relación abusiva al 21 de abril de 2008, nombramientos que si fueron contemplados por la sentencia de instancia para apreciar la situación de abuso.

Esta delimitación es cuestionada en casación cuando en forma general se mantiene que presta servicios durante más de 13 años, periodo éste que debe entenderse referido al transcurrido desde el año 2008 y hasta la data del escrito de interposición de marzo de 2021.

Los datos existentes en el proceso de instancia -documento 3.1 aportado con la demanda- deja bien claro que el Sr. Luis Antonio desempeñó de manera ininterrumpida un mismo puesto vacante de Facultativo Especialista de **Medicina** Interna del Hospital Virgen de la Torre de Madrid, desde el 21 de abril de 2008 al 24 de mayo de 2015, como estatutario eventual, y desde el 25 de mayo de 2015 a la fecha de la reclamación administrativa, como estatutario interino, permaneciendo en esa misma situación en la actualidad. Por tanto, desempeño de manera ininterrumpida las mismas funciones en el mismo centro de trabajo, concatenando de manera ininterrumpida sucesivos nombramientos de carácter temporal. Por ello, es correcta la alegación que se efectúa en el recurso para delimitar la situación de abuso desde el 21 de abril de 2008.

#### 2. La normativa de aplicación.

La cláusula 5ª del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada que incorpora la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, regula las "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva" y dispone que:

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

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

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

La STJUE de 19 de marzo de 2020 que resuelve cuestiones prejudiciales planteadas, respectivamente, por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo números 8 y 14 de Madrid (c-103/18 y c-429/18, acumuladas), analiza, en la primera de esas cuestiones prejudiciales (c-103/18), un supuesto similar al presente pues se trataba de empleado que la Comunidad de Madrid había nombrado como personal estatutario temporal interino en un puesto de la categoría "Grupo Técnico Función Administrativa", con el fin de desempeñar funciones de informático en el SERMAS de dicha Comunidad, y que mantenía esa relación laboral de



duración determinada desde el 2 de noviembre de 1999 (19 años) ocupando el mismo puesto de trabajo y desempeñando las mismas funciones de forma constante y continuada.

### 3. La conclusión.

No cabe duda acerca de que la relación laboral mantenida por el hoy recurrente con la Comunidad de Madrid encaja plenamente en el concepto de "sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada" de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco que incorpora la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, ello porque de los hechos que han quedado reflejados deriva claramente que la relación de servicio de duración determinada que le une a la Comunidad de Madrid se caracteriza porque (i) lo es hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, (ii) la plaza ocupada, en el marco un nombramiento sucesivamente renovado, lo ha sido de modo ininterrumpido durante varios años y desempeñando de forma constante y continuada las mismas funciones, (iii) el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante.

Además, consideramos que con arreglo al apartado 1, letra a), de dicha cláusula 5 de la Directiva 1999/70 no puede considerarse como justificada por "razones objetivas" la renovación sucesiva de la relación laboral del hoy recurrente por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en la normativa nacional de aplicación - artículo 9.2 y 3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud-, es decir, plaza vacante y razones de necesidad. La renovación no puede ser entendida como medida destinada a evitar la utilización abusiva pues la supuesta razón de necesidad no responde a circunstancias específicas y concretas que caracterizan la actividad.

Por tales razones, como ya hemos adelantado, esa prolongación o sucesión de la relación laboral de duración determinada debe considerarse abusiva, no solo porque infringe la normativa interna, sino porque, además, es incompatible con la Directiva 1999/70/CE, sin que quepa apreciar causa objetiva que la justifique. No cabe oponer a ello lo alegado por la Administración autonómica sobre la existencia de un único nombramiento - declarado en la sentencia de apelación-, que choca con lo declarado por el TJUE sobre una idéntica situación fáctica. Para ello resulta esencial lo declarado en cuarto lugar por la STJUE de 13 de marzo de 2020, que analizamos, en orden a que "el hecho de que el empleado público de que se trate haya consentido el establecimiento o la renovación de dichas relaciones no priva, desde ese punto de vista, de carácter abusivo al comportamiento del empleador de modo que dicho Acuerdo Marco no sea aplicable a la situación de ese empleado público".

En definitiva, nos encontramos con que el recurrente ha estado en una situación de interinidad -que no consta que haya finalizado- que es, por sí sola, injustificadamente prolongada por llegar a los 13 años, sin que la Administración haya hecho nada para mostrar que ese nombramiento como personal eventual estuviera destinado a algo distinto que cubrir una necesidad permanente. Y esto es lo que habría debido justificar para despejar cualquier sombra de abuso.

**OCTAVO.-** Procede examinar a continuación la segunda de las cuestiones planteadas en el recurso de casación, referida a la denuncia de infracción de Derecho comunitario y nacional en razón de que la sentencia de apelación no admite ni reconoce su condición de personal estatutario fijo como medida sancionadora y correctora del abuso, y que, reiteramos, es la única que considera admisible en derecho, rechazando expresamente otras, como una posible indemnización.

Como punto de partida tomaremos en consideración que la más reciente doctrina del TJUE (acudimos nuevamente a la ya mencionada sentencia de 19 de marzo de 2020) nos dice claramente dos cosas: (i) la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada -parágrafo 87-; (ii) que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco ( sentencia de 21 de noviembre de 2018, De Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, apartado 89 y jurisprudencia citada) -parágrafo 89-".

En la sentencia dictada el día 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 1305/2017) esta Sala ya declaró que la situación de abuso en la contratación temporal de personal interino la solución sancionadora no era la conversión de la relación temporal en una relación definitiva sino la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el artículo 10.1 de la Ley 7/2007,



de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre .

Es evidente que en esa decisión y en otras posteriores en el tiempo, estaba presente que nuestra legislación de función pública nunca, y ahora tampoco, ha contemplado la adquisición de personal funcionario/estatutario sino es a través de la superación de un proceso selectivo. Así lo establecía el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, lo fija hoy el artículo 62.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y, tratándose de personal estatutario, el artículo 20 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Y no parece evidente, tampoco se ha invocado en este recurso, que esta normativa nacional resulte contraria al Derecho comunitario y, particularmente, a la Directiva 1999/70/UE, para que debamos plantearnos la inaplicación del derecho nacional.

Esta y no otra debe ser ahora la situación que se declare en este caso concreto, en el que concurre como particular y caracterizador hecho que la relación laboral temporal no había finalizado al formularse las pretensiones iniciales, sin que en los sucesivos escritos de la parte se haya realizado indicación en tal sentido.

La recurrente tacha este criterio de atentatorio contra la cláusula 5 del Acuerdo Marco, afirmando en cambio que la única sanción posible es la transformación de la relación de servicio en fija. Pero sus argumentos no son convincentes. De entrada, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, hay que destacar que en fechas tan recientes como junio de este mismo año, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado de manera inequívoca que "la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional". Así la ya citada sentencia Instituto Madrileño de Investigación, Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario (parágrafo 79). De aquí se sigue, como es obvio, que dicha disposición carece de eficacia directa.

Cosa distinta, por supuesto, es el deber de interpretar el ordenamiento interno de conformidad con el Derecho de la Unión Europea y, en este caso, concretamente con la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Pero ocurre que, como ha quedado dicho, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado expresamente que "la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada" (*sentencia de 19 de marzo de 2020 -parágrafo 87-*).

La conclusión de todo ello es que, en presencia de una situación objetivamente abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ni esta disposición ni la legislación española prevén que la persona que se halla en dicha situación tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

**NOVENO.**- En cuanto a las pretensiones de la recurrente relativas a la carrera profesional, de un lado, y a la movilidad horizontal y vertical, de otro, hay que comenzar recordando que aquí la disposición de referencia en el Acuerdo Marco, cuya infracción podría reprocharse a la sentencia impugnada, no es ya la cláusula 5 (medidas destinadas a evitar la utilización abusiva del trabajo de duración determinada), sino la cláusula 4 (principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos). El apartado primero de la cláusula 4 establece: "[...] Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. [...]".

Pues bien, es claro que, a diferencia de la cláusula 5, la cláusula 4 es precisa e incondicional y, desde luego, declara un derecho a favor de las personas: el derecho a no ser discriminado en las condiciones de trabajo por el mero hecho de que la relación de servicio sea de carácter no fijo. Se trata de un derecho subjetivo de contornos claramente definidos y, por tanto, susceptible de aplicación sin necesidad de ulterior desarrollo normativo. Si a ello se añade que en el presente caso se achaca el trato desigual a la Administración y, por consiguiente, que concurren todas las condiciones exigidas por una constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para reconocer eficacia directa a una directiva de la Unión Europea, como es la cláusula 4 del Acuerdo Marco.

El problema es así si la negativa de la Administración, luego confirmada por las sentencias de instancia y de apelación, a reconocer el derecho de la recurrente tanto a la carrera profesional, como a la movilidad horizontal y vertical, puede calificarse, a la luz de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, como discriminatorio.

En este punto hay que dar la razón a las sentencias dictadas en la instancia y apelación, y al Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid, cuando observan que las alegaciones del recurrente adolecen de falta de concreción.



No obstante, esta Sala tiene ya formado un criterio jurisprudencial al respecto: son "condiciones de trabajo" y, por tanto, no admiten trato diferente las retribuciones, el régimen de Seguridad Social, las vacaciones, los permisos y las posibilidades de formación profesional, así como el reconocimiento de la antigüedad si se adquiere la condición de funcionario de carrera. También son subsumibles en esa categoría, de manera que queda excluido el trato diferente, todo lo atinente a la denominada "carrera horizontal" regulada en el artículo 17 del Estatuto Básico del Empleado Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015). Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de esta Sala de 7 de noviembre de 2018 (recurso de casación 1781/2017), de 17 de noviembre de 2020 (recurso de casación 4641/2018), de 3 de noviembre de 2021 (recurso de casación 843/2020) y de 15 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6360/2019).

En cambio, no forman parte de las "condiciones de trabajo" aquellos derechos del empleado público que están indisolublemente ligados a la condición de funcionario público; condición de funcionario público que, por imperativo de los artículos 23 y 103 de la Constitución, presupone haber superado un proceso selectivo basado en los principios de mérito y capacidad. Esta característica no concurre -al menos, no necesariamente- en quienes trabajan para la Administración en virtud de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo (eventual, interino, etc.). Ésta es, sin duda alguna, una razón objetiva para considerar que la diferencia de tratamiento entre los funcionarios de carrera y los demás empleados públicos está justificada. En esta categoría se encuentra lo relativo a la llamada "promoción interna de los funcionarios de carrera" regulada en el artículo 18 del Estatuto Básico del Empleado Público, que no corresponde a quienes están ligados a la Administración por una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

**DÉCIMO.**-La presente sentencia, a los efectos del artículo 93.1 de la LJCA, ha establecido en los precedentes fundamentos la interpretación de aquellas normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el enjuiciamiento del presente recurso de casación por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y, conforme a ello, declarará:

1º) que una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más de 13 años da origen a una utilización abusiva y no justificada de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino ex artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, contraria a la cláusula 5º del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70.

2ª) que, constatada esa utilización abusiva, no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, ni por aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70, la conversión de la relación de servicios temporal en una de carácter fijo o asimilado, sino que la consecuencia jurídica será la expuesta en nuestras anteriores sentencias de 26 de diciembre de 2018 (recursos de casación 785 y 1305/2015), a saber: el derecho a la subsistencia de la relación de empleo -con los correspondientes derechos profesionales y económicos- hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el artículo 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta.

3ª) que la carrera profesional horizontal contemplada en el artículo 17 del EBEP forma parte de las "condiciones de trabajo", en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70, sin que sea posible un trato diferente entre quienes están en una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo con respecto a los fijos.

4ª) que la carrera profesional vertical del artículo 17.2 del EBEP, así como los derechos atinentes a la "promoción interna de los funcionarios de carrera", regulados en el artículo 18 del EBEP, no corresponden a quienes están ligados a la Administración por una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

5º) que, por todo ello, procede la estimación parcial del presente recurso, con revocación parcial de las sentencias de instancia y apelación.

Los anteriores pronunciamientos ponen de manifiesto que esta Sala no considera necesario el planteamiento de las cuestiones prejudiciales postuladas por el recurrente en su escrito de interposición del recurso y en los posteriores escritos.

**ÚNDECIMO.**- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA tras la reforma por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la sentencia que se dicte resolverá sobre las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de esta ley y dispondrá, en cuanto a las del recurso de casación, que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Por ello, se acuerda:



- a) no hacer imposición de las costas de la instancia por considerar evidente que el caso presentaba serias dudas de derecho por la dificultad que, por su singularidad, entraña la cuestión debatida.
- b) cada parte abonará, en cuanto a las del recurso de casación, las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## FALLO

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

1º) ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Antonio contra la sentencia dictada el 9 de abril de 2019 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid en el recurso de apelación núm. 146/2018, que confirmaba la dictada el día 29 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 32 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 182/2017, sentencias que ANULAMOS.

2º) ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de don Luis Antonio contra la resolución dictada por el Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, fechada el 27 de abril de 2017, por la que se desestima la medida cautelar solicitada y se inadmite la solicitud presentada, DECLARANDO lo siguiente:

a) que la situación de la demandante como personal estatutario de carácter interino constituyó objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada, pero que ello no determina la obtención de la condición de personal estatutario fijo o asimilado.

b) que la carrera profesional horizontal contemplada en el artículo 17 del EBEP forma parte de las "condiciones de trabajo", en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70, sin que sea posible un trato diferente entre quienes están en una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo con respecto a los fijos.

c) que la carrera profesional vertical del artículo 17.2 del EBEP, así como los derechos atinentes a la "promoción interna de los funcionarios de carrera", regulados en el artículo 18 del EBEP, no corresponden a quienes están ligados a la Administración por una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

3º) HACER PRONUNCIAMIENTO de costas en los términos previstos en el fundamento de Derecho último.

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

Así se acuerda y firma.