Roj: **STS 3743/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3743**

Id Cendoj: **28079130042020100282**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **4**
Fecha: **17/11/2020**
Nº de Recurso: **4641/2018**
Nº de Resolución: **1532/2020**
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 5345/2018,**
AATSJ M 215/2018,
ATS 566/2019,
STS 3743/2020

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.532/2020

Fecha de sentencia: 17/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4641/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

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

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 4641/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1532/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 17 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 4641/2018, interpuesto por don Iván , representado por el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas y asistido por el letrado don Francisco Javier Arauz de Robles, contra la sentencia n.º 309, de 3 de mayo de 2018, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso de apelación n.º 1357/2017, seguido contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 11 de los de Madrid en el procedimiento abreviado n.º 185/2017, interpuesto contra la resolución del Viceconsejero de Sanidad, de 15 de marzo de 2017, que deniega la medida cautelar solicitada y se inadmite el escrito por el que se solicita que se declare el derecho a ser nombrados como empleados estatutarios fijos con destino en el Servicio Madrileño de Salud, o subsidiariamente como empleados estatutarios fijos asimilados, así como al abono de las retribuciones fijas, los trienios y los complementos atrasados, en idénticas condiciones y cuantías que los percibidos por los empleados estatutarios fijos, con supresión de todas las discriminaciones y diferencias de trato existentes.

Se ha personado, como recurrido, el Servicio Madrileño de Salud, representado por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación n.º 1357/2017, seguido en la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 3 de mayo de 2018 se dictó la sentencia n.º 309, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación 1357/2017 interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Ruiz de la Cuesta Vacas, en nombre y representación de D. Iván , contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de octubre de 2017, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de los de esta Villa y en el Procedimiento Abreviado nº 185/2017, contra la Resolución del Viceconsejero de Sanidad, de fecha 15 de marzo de 2017, Sentencia que confirmamos por hallarse ajustada a Derecho; imponiendo al apelante el pago de las costas procesales hasta la cantidad máxima indicada".

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación don Iván , que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado por auto de 27 de junio de 2018, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas y personados el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas, en representación de don Iván , como parte recurrente, y el Letrado de la Comunidad de Madrid, en representación del Servicio Madrileño de Salud, como parte recurrida, por auto de 17 de enero de 2019 la Sección Primera de esta Sala acordó:

"Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación de D. Iván contra la sentencia de 3 de mayo de 2018, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Séptima, dictada en el recurso de apelación núm. 1357/2017.

Segundo. Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a 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 al personal laboral no fijo 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.

Tercero. Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, la contenida en los artículos 10 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con las cláusulas 2, 3, 4 y 5 de

la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Cuarto. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme".

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 29 de enero de 2019 se remitieron las actuaciones a esta Sección, haciendo saber a la parte recurrente que dispone de un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición del recurso.

QUINTO.- Por escrito de 15 de febrero de 2019, el procurador Sr. Ruiz de la Cuesta Vacas, en representación del recurrente, promovió incidente de nulidad de actuaciones del auto de 17 de enero anterior, suplicando a la Sala que

"en mérito a su contenido y a la vulneración de los arts. 24 y 14 y 23 de la CE que se ha producido, en relación con sus arts. 1 y 9.2, y con el art. 14 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y con el Titulo III de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se acuerde Decretar la nulidad de Auto de fecha 17 de enero de 2019, por el que se admite a trámite el recurso de casación preparado por mi mandante, precisando "que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la atinente a si la carrera profesional horizontal ha de ser considerada condiciones de trabajo a efectos de valorar las diferencias entre régimen jurídico aplicables a los funcionarios interinos y al personal laboral no fijo, 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", y se admita también el recurso de casación en cuanto a las otras cuestiones suscitadas en el escrito de preparación del recurso, esto es:

1ª. Si es incompatible con el Acuerdo marco anejo a la Directiva 1999/70, la utilización de nombramientos de personal estatuario temporal para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria conforme al art 9 de ley 55/2003, siendo así que, en realidad, estas necesidades son permanentes y estables, y el personal temporal es nombrado y renovado para cubrir un déficit estructural de personal fijo comparable, pues la Administración empleadora no convoca los procesos selectivos correspondientes para cubrir esta necesidades con personal fijo, ni cesa al empleado personal una vez vencido el plazo máximo de duración del nombramiento temporal, ni una vez extinguida la causa que justificó el nombramiento.

2ª. Si constatada la utilización abusiva de nombramiento de personal estatutario temporal del Art. 9 EMPE, como sanción a los abusos cometidos respecto de dicho personal, la solución jurídica es la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija o equiparable a la de los empleados fijos comparables, con derecho al mantenimiento del puesto de trabajo y sujeción a las mismas causas de cese que los empleados fijos comparables, o la mera transformación en personal indefinido no fijo.

4ª. 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".

Por segundo otrosí, pidió la suspensión del plazo para interponer el recurso de casación, hasta que se resuelva el incidente de nulidad.

Remitidas las actuaciones a la Sección Primera para la resolución procedente, por providencia de 25 de abril de 2019 se inadmitió a trámite el incidente promovido, por no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEXTO.- Por escrito de 30 de mayo de 2019, el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas, en representación del recurrente, formalizó el recurso interpuesto, alegando como infringidos los artículos 2, 3 y 4 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1990/70/CE.

Y, de acuerdo con lo razonado en el mismo, pidió a este Tribunal, que fije doctrina atendiendo a las siguientes consideraciones:

"a) El sistema de la carrera profesional horizontal es una condición de trabajo a la que debe aplicarse el principio de igualdad y no discriminación entre los empleados estatutarios fijos y los temporales/interinos que proclama cláusula 4 del Acuerdo Marco de la Directiva 1999/70/CE.

b) La exclusión del personal público-temporal de la carrera profesional horizontal es incompatible con las cláusulas 2, 3 y 4 del Acuerdo Marco anejo a la Directiva 1999/70/CE, en los términos declarados por el Auto del TJUE de 22 de marzo de 2018, asunto C-315/17.

c) Teniendo los empleados estatutarios temporales derecho a participar en la carrera profesional horizontal, debe declararse el derecho de los mismos a la progresión de grado, categoría, escalafón u otros conceptos análogos sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo conforme a lo establecido en los Art. 16, 17 y 20 del EBEP, en los términos declarados por el Auto del TJUE de 22 de marzo de 2018, asunto C-315/17.

d) Los empleados estatutarios temporales tienen derecho al complemento retributivo de la carrera profesional contemplado en la Normativa reguladora del SERMAS".

Y solicitó a la Sala que previa la tramitación legal oportuna,

"fije la jurisprudencia correspondiente en los términos solicitados en este escrito o, en los que pueda considerar esa Sala y Sección más ajustados a Derecho, y con arreglo a dicha doctrina, 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 y, en su consecuencia, declare y reconozca el derecho del recurrente, como empleado estatutario temporal del SERMAS, a participar en el sistema de la carrera profesional horizontal y a que se le abone el complemento retributivo de la carrera profesional con todos los atrasos correspondientes a los periodos no prescritos anteriores a la fecha de presentación de su reclamación en vía administrativa".

SÉPTIMO.- Evacuando el traslado conferido por providencia de 24 de junio de 2019, el Letrado de la Comunidad de Madrid, en su escrito de 6 de julio de 2019, manifestó, en síntesis que

"respetando la función nomofiláctica del recurso de casación, no se puede decir que al día de la fecha los estatutarios interinos de la Comunidad de Madrid sufran una exclusión absoluta de la carrera, sin que tampoco se pueda entrar en si el sistema de reactivación de carrera de la Comunidad de Madrid reconociendo sólo efectos administrativos y no económicos es discriminatorio porque nada de esto se ha planteado en ninguna de las instancias ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid citada, no se ha solicitado la carrera tras su reactivación, ni cantidades concretas en ninguna de las instancias".

OCTAVO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 92.6 de la Ley de esta Jurisdicción, atendiendo a la índole del asunto no se consideró necesaria la celebración de vista pública, y se designó magistrada ponente a la Excma. Sra. Magistrada doña Celsa Pico Lorenzo.

NOVENO.- Por escrito de 20 de septiembre de 2019 el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas, en representación de don Iván , dijo que

"habiendo por planteadas las cuestiones prejudiciales comunitarias [...] por parte de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo n.º 8 y 14 de Madrid, siendo las resoluciones que en su día dicte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales planteadas determinantes para resolver el presente recurso de casación, previa audiencia de la demandada, acuerde desde este momento la suspensión de este proceso de casación, hasta que recaigan resoluciones definitivas por el TJUE en los procesos que tienen por objeto las cuestiones prejudiciales invocadas".

Conferido traslado a la parte recurrida para alegaciones manifestó que

"No procede la suspensión ya que ninguna de las cuestiones planteadas por el juzgado número 8 afecta directamente a la carrera profesional horizontal, objeto del recurso de casación y sin que, por otra parte, se pueda convertir un pleito contencioso en una causa general sobre todas las eventuales discriminaciones, prescindiendo del carácter revisor de esta jurisdicción como dijimos en nuestro escrito de oposición a la casación dado que el recurrente nunca solicitó nivel de carrera tras los nuevos Acuerdos, ni con anterioridad. Por lo demás en la cuestión prejudicial no hay ninguna pregunta específica referida a la carrera, ni en los antecedentes de la cuestión prejudicial se definen las características de la carrera como retribución (por ejemplo frente a la antigüedad en que hay Sentencia del TJUE), ni de los niveles, ni de la distinción entre efectos administrativos (exclusión o inclusión de la carrera) y los económicos, por lo que esperar que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre ello, excede de lo que se le ha preguntado y, en definitiva, es dilatar el procedimiento absurdamente".

DÉCIMO.- Por otro escrito de 19 de febrero de 2020 el recurrente reiteró la solicitud de suspender la tramitación del presente recurso de casación hasta que recaiga por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentencia en los asuntos prejudiciales C-103 y 426/18.

Conferido traslado para alegaciones a la parte recurrida, manifestó en su escrito de 28 de febrero de 2020 que no procede la suspensión solicitada.

Y, por providencia de 9 de marzo siguiente, la Sala acordó no haber lugar a la suspensión solicitada por la parte recurrente, "toda vez que no hay razones para proceder a la misma".

UNDÉCIMO.- Mediante providencia de 1 de julio de 2020 se señaló para la votación y fallo el día 27 de octubre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

DUODÉCIMO.- En la fecha acordada, 27 de octubre de 2020, y en la audiencia del día 3 de noviembre siguiente, han tenido lugar la votación y fallo del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Los términos del litigio y las sentencias de instancia y apelación.*

A) La reclamación a la Administración

Veintiún interinos del Servicio Madrileño de Salud, todos personal estatutario temporal con funciones informáticas, reclamaron el 21 de diciembre de 2016, bajo la invocación de la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada que lleva en anexo, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se les nombrara empleados estatutarios fijos (i); que se les abonaran las retribuciones fijas, trienios y complementos atrasados en idénticas condiciones y cuantías en que las perciben los fijos, aplicando el principio de no discriminación y el plazo prescriptivo correspondiente (ii); que se declarara su derecho a que se suprimieran todas las discriminaciones existentes en las condiciones de trabajo en materia de nombramientos, protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, situaciones administrativas, licencias, permisos, excedencias, derechos pasivos y causas de cese (iii); que se declarara contraria a la Directiva y al Acuerdo Marco su exclusión de los concursos de traslado, provisión de vacantes, ascensos, promoción profesional y carrera administrativa (iv); que se promovieran e instaran las reformas y modificaciones normativas precisas para adaptar a la Directiva y al Acuerdo Marco la normativa interna reguladora del colectivo de empleados estatutarios temporales del Servicio Madrileño de Salud (v).

Asimismo, pedían a título cautelar que la Administración madrileña se abstuviera de realizar actuación alguna que pudiera obstaculizar o limitar los derechos que estaban ejerciendo.

Los reclamantes argumentaban en favor de sus pretensiones que venían prestando servicios durante varios años consecutivos --en algún caso, más de veintiséis años-- y que se habían utilizado con ellos de forma abusiva y fraudulenta los contratos de duración determinada para cubrir necesidades ordinarias de carácter permanente y estructural, bajo la invocación de la urgencia de atender situaciones transitorias, esporádicas, coyunturales y ocasionales. Y denunciaban discriminación en la protección social, la promoción profesional, la provisión de vacantes, la formación profesional, las situaciones administrativas, los permisos y licencias y las causas de cese en el puesto de trabajo y de extinción de la relación de empleo.

B) La resolución de la Viceconsejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 15 de marzo de 2017

La resolución denegó la pretensión cautelar por su falta de concreción y porque no se recurría ninguna disposición, acto inactividad o vía de hecho concreta ni se advertían circunstancias determinantes de la nulidad de ninguna actuación del Servicio Madrileño de Salud e inadmitió el escrito de reclamación. Esto último lo decidió porque no se dirigía contra ninguna disposición, acto, inactividad o vía de hecho concreta y reivindicaba derechos no previstos por el ordenamiento jurídico y porque atenderla requeriría cambios legales en la normativa básica estatal para los que la Comunidad Autónoma carece de competencia. Antes, defendió la legalidad del proceder administrativo, en particular subrayó que la jurisprudencia no admite la conversión en funcionarios o en estatutarios fijos de los temporales por irregularidades en su nombramiento --que no se han acreditado aquí, afirmó-- y rechazó abuso o fraude de ley en el mismo. Y, además de recordar el régimen del personal estatutario conforme a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, explicó que se había respetado y que se había obrado conforme a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco que lleva en anexo y a las de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Asimismo, destacó que los reclamantes habían consentido los sucesivos ceses y nombramientos de que fueron objeto.

C) La sentencia de instancia

Recurrida esta resolución, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 11 de los de Madrid, dictó sentencia desestimatoria. En sus fundamentos recuerda que los nombramientos como interinos y los ceses ganaron firmeza al no ser impugnados y que tampoco se impugnaron las convocatorias de oposición para cubrir las plazas ocupadas interinamente. Además, resalta que el acceso a la función pública se rige por principios de igualdad, mérito y capacidad mediante procesos selectivos en condiciones de igualdad y que en 2015 el Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid convocó 115, entre ellos los de categoría de informática y que la única posibilidad de adquirir el nombramiento como personal fijo es superar las pruebas exigibles en concurrencia libre y competitiva. Dice, asimismo, que los supuestos contemplados por el Tribunal de Justicia en las sentencias invocadas en la demanda no son asimilables al presente porque se refieren a personal laboral o sanitario eventual y que no se ha probado que la demora en la convocatoria de las plazas ocupadas por los reclamantes obedeciera a fraude de ley o desviación de poder. En fin, indica que tampoco se ha acreditado discriminación en las condiciones de trabajo comparables entre el personal estatutario fijo y el temporal en materia de derechos económicos y administrativos vinculados a dichas condiciones.

D) El recurso de apelación y la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de Madrid

Uno de los reclamantes, don Iván , recurrió en apelación la sentencia de instancia y pidió a la Sala de Madrid que, con anulación de la misma, se estimara el recurso contencioso-administrativo y se declarara en relación con los informáticos estatutarios temporales que ni la Ley 55/2003 ni el Estatuto Básico del Empleado Público imponen una duración máxima de los nombramientos por tiempo determinado ni el máximo de renovaciones permitidas ni medidas para sancionar el uso abusivo de contratos por tiempo determinado (i); que se declarara su derecho a ser nombrado estatutario fijo (ii); que se le reconociera el derecho a la retribución complementaria de la carrera profesional (iii); que se declarara su derecho a la supresión de todas las discriminaciones y diferencias existentes en las condiciones de trabajo entre los derechos reconocidos a los empleados informáticos fijos y los asignados a los informáticos temporales (iv); que se declarara contrario a la Directiva 1999/70/CE y al Acuerdo Marco su exclusión de los concursos de traslado, de la provisión de vacantes, de los ascensos, de la promoción profesional y de la carrera administrativa (v); que se declarara su derecho a que la Administración promoviera las modificaciones normativas para que el régimen del colectivo de empleados temporales del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid se adapte a los mandatos del Acuerdo Marco.

La sentencia de la Sección Séptima de la Sala de Madrid desestimó con los argumentos que pasamos a resumir, el recurso de apelación del Sr. Iván .

En primer lugar, rechazó la suspensión interesada por el planteamiento por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 8 de los de Madrid de cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de las cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco ya que no se admitieron por el procedimiento de urgencia. Después, circunscribe las pretensiones del Sr. Iván a él mismo, pues no le reconoce legitimación para actuar en nombre de los demás informáticos temporales del Servicio Madrileño de Salud y rechaza la de que se inste la modificación normativa que pide porque no compete a los tribunales de justicia ejercer potestades legislativas ni determinar el contenido de la potestad normativa, ni considera que resulte directamente de la Directiva 1999/70/CE tal exigencia. Y tampoco, aclara, les corresponde hacer pronunciamientos de futuro.

Sobre el fondo, la sentencia de apelación recoge el contenido de las cláusulas del Acuerdo Marco 4ª y 5ª, explica que la Sala se ha ocupado ya de cuestiones muy similares si no idénticas y, conforme al criterio mantenido en sentencias anteriores, afirma que el personal estatutario de los Servicios de Salud no está vinculado a la Administración sanitaria por una relación jurídica laboral sino de Derecho Público, y se rige por la Ley 55/2003 cuyo artículo 9 contempla el personal estatutario temporal del que pasa a mencionar sus distintas figuras. En este punto dice:

"Expuesto lo anterior, el hoy apelante manifestó en su demanda, tal y como recoge la sentencia impugnada, que viene desempeñando sus servicios profesionales como empleado estatutario temporal del Cuerpo de Técnicos Superiores, de Gestión o Especialistas de Sistemas y Tecnología de la Información, o como Técnico del -Grupo de Técnicos o de Gestión de Función Administrativa del Servicio Madrileño de salud (Informáticos), y que desde el día 1 de enero de 2004 hasta la actualidad desempeña sus funciones cubriendo una plaza vacante en la categoría Grupo Administrativo de Función Administrativa, y desde el 28 de noviembre de 2011 como Técnico Especialista en Sistemas de Información en el Área Sanitaria 11 de la Gerencia de Atención Primaria, de forma continuada durante más de 12 años en el mismo puesto de trabajo y con las mismas obligaciones que los titulares, sin que la Administración haya proveído la plaza con un empleado estatutario fijo, incluyéndola en la oferta de empleo público.

Pues bien, tanto el nombramiento inicial del Sr. Iván , como todos y cada uno de los nombramientos sucesivos del mismo, en cuanto verdaderos actos administrativos, ganaron firmeza por no haber sido impugnados en su día".

Admite, no obstante, la sentencia que esos sucesivos nombramientos pueden ser analizados para determinar la legalidad de la actuación administrativa y, en particular, verificar si concurrían en el cese cuestionado en la instancia, dice, alguna de las causas previstas legalmente. Por ello, sigue diciendo la sentencia de apelación:

"es perfectamente lógico, es más aun resulta obligado, para definir la auténtica naturaleza del nombramiento de personal estatutario temporal en casos como el que nos ocupa, el analizar el historial personal pues, es cierto, como señala la parte apelante, ni siquiera la Administración pública puede actuar en fraude de Ley (...) y ampararse en el texto de una norma persiguiendo una finalidad contraria al ordenamiento jurídico".

Seguidamente, pasa a resumir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula 5ª.1 a) del Acuerdo Marco para destacar que la existencia de las razones objetivas a las que se refiere y a valorar por el juez nacional excluye, en principio, la existencia de abuso en la contratación por tiempo determinado. Y dice entonces:

"Por consiguiente, la jurisprudencia y la Directiva comunitarias prevén la posibilidad de que concurran circunstancias objetivas que justifiquen un trato diferente, correspondiendo a los tribunales nacionales la valoración de su concurrencia; valoración que en el presente supuesto, podemos anticipar, nos lleva a entender que no se ha producido trato discriminatorio alguno, por cuanto la naturaleza jurídica del funcionario interino por definición está vinculada a una concreta plaza que ocupa por determinadas causas (que son concretas circunstancias de necesidad temporal de atender a plazas vacantes, sustituir transitoriamente los titulares, ejecutar programas de carácter temporal o resolver temporalmente situaciones de exceso o acumulación de tareas), y por ello sería contrario a aquella naturaleza jurídica convertirles sin más, en funcionarios de carrera por el hecho de que hayan estado vinculados a la Administración mediante sucesivos contratos temporales a lo largo de varios o muchos años.

Efectivamente, lo que el recurrente en la instancia solicitaba era que se procediese a su nombramiento como empleado estatutario fijo o subsidiariamente, como empleado estatutario equiparables a los fijos al servicio de la Administración de Sanitaria, bajo los principios de permanencia e inmovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los informáticos estatutarios fijos comparables".

Y no concurren, sigue diciendo, los presupuestos necesarios para que se le nombre personal estatutario fijo o equiparable a los fijos pues "la sucesión de contratos de duración determinada encadenados más de dos años no es razón suficiente para sentar una presunción de fraude de ley porque se ignora si la necesidad que motivó la contratación temporal interina fue tenida en cuenta por el Servicio de Salud al elaborar el Plan de Ordenación de Recursos Humanos o al aplicarlo al elaborar las plantillas orgánicas de los hospitales. En todo caso, de probarse, precisa, llevaría a aplicar el artículo 9 de la Ley 55/2003.

Completa la sentencia de apelación sus argumentos exponiendo la interpretación del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco sobre la utilización abusiva de la contratación temporal para concluir que no conduce a la solución reclamada por el recurrente, el cual, resalta, no ha pedido que se aplique el artículo 9 de la Ley 55/2003 sino que se proceda a su nombramiento como fijo. Y no cabe hacerlo porque, explica:

"(...) no se ha acreditado en el proceso por ninguno de los medios admitidos en derecho que en los sucesivos contratos suscritos por el apelante con la Administración sanitaria, se le hubiere aplicado la normativa relativa a los funcionarios interinos de un modo tan desviado o incorrecto que hubiera llegado a comportar una auténtica utilización abusiva de sus sucesivos nombramientos y llamamientos, porque se hubieran realizado sin que concurriera alguno de los supuestos concretos que lo permiten, o sin que el llamamiento cesara al cesar éstos. En consecuencia, por el solo hecho de la existencia de diversos contratos sucesivos a lo largo de varios años, que es el único dato que se ha probado en el presente recurso, no podemos extraer sin más la conclusión de que los contratos o llamamientos no hubieran tenido en todo momento una mera duración temporal, o de que no fueran de carácter temporal las sucesivas necesidades en las que el Sr. Iván fue llamado, ni podemos alcanzar la convicción, desde ese solo dato, de que sí hubo en su caso, en esa prolongada sucesión de relaciones laborales, una utilización abusiva, contraria a lo querido por la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco que incorpora en su anexo".

Por eso, la sentencia añade:

"En conclusión, de las pruebas documentales existentes en el procedimiento, esta Sala llega a la conclusión de que el nombramiento actual del apelante, como personal estatutario interino en Atención Primaria, en la categoría de Técnico Especialista de Sistemas y Tecnologías de la Información (Grupo C1) se produjo el 28 de diciembre de 2011, y si bien ha prestado servicios con anterioridad al amparo de distintos nombramientos como personal estatutario interino en el Grupo administrativo de la función administrativa entre el 2 de febrero

de 2006 y el 27 de noviembre de 2011, no se ha acreditado por el interesado que hubiere cubierto la misma plaza durante dicho tiempo, desconociéndose los puestos de trabajo efectivamente desempeñados, más allá del Grupo al que pertenecía".

Todavía reforzará la sentencia de apelación su pronunciamiento acudiendo a las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 2015 (casación n.º 394/2013) y de 13 de marzo de 2017 (casación n.º 896/2014), en relación con los jueces sustitutos y a propósito de las razones o condiciones objetivas que justifican la renovación de nombramientos temporales. La solución a los posibles abusos, insiste, reside en la rigurosa aplicación del artículo 9 de la Ley 55/2003 no sin añadir que en tal caso, si se concluyera que procede cubrir la vacante por los cauces ordinarios o amortizar la plaza, empeoraría realmente la situación del interino.

En definitiva, la sentencia de apelación rechaza la existencia de abuso y de discriminación, dice que no se dan las condiciones requeridas por el Tribunal de Justicia para reconocer el derecho del Sr. Iván a ser indemnizado y tampoco considera necesario plantear cuestiones prejudiciales.

SEGUNDO.- *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Tal como se ha reflejado en los antecedentes, el auto de la Sección Primera de 17 de enero de 2019 ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en la respuesta a la siguiente cuestión:

"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 al personal laboral no fijo 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".

Los preceptos que, nos dice, en principio, debemos interpretar son los artículos 10 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con las cláusulas 2, 3, 4 y 5 de la Directiva 1999/70/CE.

En sus razonamientos jurídicos explica que ha admitido otros recursos en los que se han suscitado similares extremos (casación n.º 5270/2017 y n.º 3748/2017 y que lo debatido trasciende al caso concreto en la medida en que afecta al estatuto jurídico del empleado público interino.

TERCERO.- *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de don Iván

Nos recuerda que el Servicio Madrileño de Salud niega que sus empleados estatutarios temporales tengan derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento retributivo de carrera profesional, tal como resulta, no sólo de la resolución recurrida sino también de la certificación obtenida del Portal de Transparencia, aportada en el ramo de prueba en la instancia, y del artículo 27.2 g) de la Orden de 22 de enero de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se dictan instrucciones para la gestión de las nóminas del personal de la Comunidad de Madrid para 2016; del mismo precepto de la Orden de 17 de enero de 2019 de la misma Consejería y con el mismo objeto pero para 2019; y del apartado 1 a) del acuerdo de 18 de diciembre de 2018 del Servicio Madrileño de Salud que aprueba el acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 28 de noviembre de 2018. Y precisa que la Instrucción de 7 de febrero de 2007 de la Directora General de Recursos Humanos, limita el reconocimiento excepcional del nivel de carrera profesional de los diplomados sanitarios al personal estatutario fijo.

A continuación, mantiene que la sentencia de apelación infringe los artículos 2, 3 y 4 del Acuerdo Marco porque la carrera profesional es una condición de trabajo a la que debe aplicarse el principio de igualdad y no discriminación que consagra la Directiva 1999/70/CE. Y menciona al respecto diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la han interpretado y puesto de manifiesto que su finalidad es impedir que se utilice una relación laboral de otra naturaleza para privar a los trabajadores con contrato por tiempo determinado de derechos reconocidos a los de contrato por tiempo indefinido. Cita, en especial la sentencia de 13 de marzo de 2014 (asunto C-38/13), dictada en el caso Malcorzata, según la cual para establecer si una medida forma parte de las condiciones de trabajo a que se refiere la cláusula 4ª del Acuerdo Marco se ha de atender a la relación de empleo por lo que esa noción tiene un sentido amplio que comprende, entre otros contenidos, los trienios y demás retribuciones, la indemnización por la inclusión ilícita de una cláusula de terminación del contrato, el despido y las condiciones para la resolución de los contratos, la antigüedad o períodos de servicio necesarios para ser clasificado en una categoría retributiva superior, las pensiones, la jornada laboral, los requisitos para participar en un plan de evaluación de la función y el incentivo derivado, la excedencia y las situaciones especiales por nombramiento para cargo político, el cese en la relación de empleo, extremos respecto de los cuales cita las sentencias del Tribunal de Justicia que los abordan.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

A partir de ahí, dice el escrito de interposición que ninguna duda hay de que "la carrera profesional, así como la promoción profesional, la provisión de vacantes, los ascensos (la movilidad), las situaciones administrativas, las excedencias, los servicios especiales, las licencias y permisos, los complementos retributivos y la carrera profesional, son condiciones de trabajo a las que debe aplicarse el principio de igualdad de trato entre los empleados públicos temporales y sus homónimos fijos o de carrera comparables que consagra la cláusula 4ª del Acuerdo marco". También, señala que el Tribunal de Justicia ha dicho reiteradamente --cita las sentencias-- que en España no existen diferencias objetivas entre los funcionarios fijos de carrera y los interinos o temporales que puedan justificar una discriminación en las condiciones de trabajo.

Y, como quiera, dice, que es patente que los cometidos, tareas y funciones que desempeña son idénticos o análogos a los desempeñados por sus homónimos fijos comparables, el único elemento diferencial es la naturaleza temporal de su relación de servicio pero ésta, según la cláusula 4ª del Acuerdo Marco anexo la Directiva 1999/70/CE, no puede constituir nunca una razón objetiva que justifique la discriminación o desigualdad entre interinos y fijos. Por tanto, sostiene, la sentencia la vulnera y, también, infringe la cláusula 2ª cuando le niega el derecho a la carrera laboral horizontal y el derecho al complemento retributivo de la carrera profesional previsto solamente para los empleados fijos del Servicio Madrileño de Salud.

Continúa el escrito de interposición afirmando que la sentencia infringe las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª del mencionado Acuerdo Marco en cuanto niega el derecho a la carrera profesional horizontal, derecho reconocido por al auto del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2018, dictado en el asunto C-315/2017, y por excluir al recurrente por su condición de empleado estatutario temporal del complemento retributivo de la carrera profesional, extremo en el que alega nuestras sentencias de 18 de diciembre de 2018 y de 21 de febrero de 2019.

Tras su argumentación, termina pidiendo que:

"en su consecuencia, declare y reconozca el derecho del recurrente, como empleado estatutario temporal del SERMAS, a participar en el sistema de la carrera profesional horizontal y a que se le abone el complemento retributivo de la carrera profesional con todos los atrasos correspondientes a los periodos no prescritos anteriores a la fecha de presentación de su reclamación en vía administrativa".

B) El escrito de oposición de la Comunidad de Madrid.

Comienza diciendo, con la sentencia de la Sala de Madrid de 23 de mayo de 2019 (apelación 104/2018), que, si bien desde un punto de vista teórico tendría razón el recurrente en el extremo relativo al reconocimiento del derecho a la carrera profesional según nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2018 (casación n.º 3723/2017), no obstante, la resolución recurrida no vino a denegarlo sino que, aparte de rechazar la medida cautelar, inadmitió la solicitud porque no se recurría ninguna concreta disposición, acto, actividad, inactividad o vía de hecho. Y porque tampoco concretaba la reclamación las cantidades por complementos ligados al reconocimiento del nivel de carrera.

Además, observa que desde la Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, estaban suspendidos los nuevos reconocimientos de grados de carrera y pagos correspondientes. No se puede olvidar, añade, que durante el período señalado por la sentencia citada, el reconocimiento de niveles estaba suspendido para interinos y para propietarios, ni que el recurrente, una vez reactivada la carrera por resolución de 24 de enero de 2017, no está excluido del sistema de carrera por ser interino aunque sus efectos económicos se defieran al momento en que adquiera la condición de propietario, conforme a la disposición transitoria segunda del Acuerdo de carrera de 25 de enero de 2007.

Reconoce el escrito de oposición que "evidentemente, todas estas cuestiones no se plantearon en la vía de recurso porque el actor nunca solicitó la carrera reactivada (...) o si lo solicitó estos antecedentes no obran en el expediente".

Y termina así:

"Por tanto, respetando la función nomofiláctica del recurso de casación, no se puede decir que al día de la fecha los estatutarios interinos de la Comunidad de Madrid sufran una exclusión absoluta de la carrera, sin que tampoco se pueda entrar en si el sistema de reactivación de carrera de la Comunidad de Madrid reconociendo sólo efectos administrativos y no económicos es discriminatorio porque nada de esto se ha planteado en ninguna de las instancias ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid citada, no se ha solicitado la carrera tras su reactivación, ni cantidades concretas en ninguna de las instancias".

CUARTO.- *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación.*

Tal como hemos visto en la exposición anterior de los términos de la controversia, el recurrente, Sr. Iván , nada dice en su escrito de interposición sobre los pronunciamientos desestimatorios de la sentencia de apelación distintos de los relativos al reconocimiento de su derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento

de carrera. La concreta identificación efectuada por el auto de admisión del extremo en que se aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, no impedía al recurrente haber argumentado también sobre las otras cuestiones. En consecuencia, hay que entender circunscrito el litigio a las pretensiones relativas al derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento de carrera.

Por otro lado, el Letrado de la Comunidad de Madrid trae a colación una sentencia distinta de la recurrida, dictada en un asunto sobre cuya identidad con el que nos ocupa no ofrece ninguna explicación y, además, atribuye al recurrente un proceder que, claramente, no es el suyo y a la sentencia impugnada manifestaciones que no hace. En particular, el Sr. Iván ha reclamado desde el primer momento su derecho a la carrera profesional horizontal y a las retribuciones correspondientes, y nada dice la sentencia de apelación sobre la suspensión de los reconocimientos de niveles y grados, ni sobre la falta de cuantificación de lo pedido, ni tampoco indica que el Sr. Iván no lo hubiera solicitado una vez levantada la suspensión. Puede que eso lo diga la sentencia de 23 de mayo de 2019 (apelación n.º 104/2018) pero no lo dice la que es objeto de este recurso de casación ni tampoco hace referencia a ello la resolución administrativa.

Conviene precisar, asimismo, que carece de fundamento decir que la reclamación de la que dimana el presente proceso no se dirigió contra ninguna actividad impugnable de las previstas por la Ley de la Jurisdicción, cuando lo que hizo fue pedir para cada uno de los reclamantes aquello a que, según explicaban y a su parecer, tienen derecho, en particular, en virtud del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y del principio de igualdad. Puede sostenerse que pretensiones de esa naturaleza no tienen sustento en el ordenamiento jurídico pero no que no puedan articularse en una reclamación a la Administración, ni que, por no identificar disposición, acto, omisión, inactividad o vía de hecho contra la que se dirige, deba ser inadmitida. No es trasladable a la vía administrativa la delimitación de la actividad impugnable jurisdiccionalmente y, mucho menos, utilizarla para inadmitir pretensiones consistentes en reclamar el respeto efectivo a derechos que se dicen reconocidos normativamente.

Con todo, lo más importante es que viene a reconocer el escrito de oposición que el recurrente tiene razón, que le asiste el derecho a la carrera profesional horizontal. Y, efectivamente, así es, de manera que, justo para cumplir la función nomofiláctica propia del recurso de casación, debemos afirmarlo de nuevo y anular la sentencia de la Sala de Madrid, que no lo ha apreciado, estimar el recurso de apelación y anular la sentencia de instancia que tampoco lo tuvo en cuenta, así como estimar en parte el recurso contencioso-administrativo y anular la resolución de la Viceconsejería de Sanidad impugnada en la instancia, que no respetó el derecho del Sr. Iván a la carrera profesional y al complemento retributivo correspondiente.

En efecto, ya hemos afirmado, no sólo en las sentencias invocadas en el escrito de interposición [las n.º 227/2019, de 21 de febrero (casación 1805/2017) y la n.º 1796/2018, de 18 de diciembre (casación 3723/2017)], sino también en las n.º 609/2020, de 28 de mayo (casación n.º 4753/2018); n.º 225/2020, de 18 de febrero (casación n.º 4099/2017); n.º 1482/2019, de 29 de octubre (casación n.º 2237/2017); n.º 304/2019, de 8 de marzo (casación n.º 2751/2017); n.º 294/2019, de 6 de marzo (casación n.º 5927/2017); n.º 293/2019, de 6 de marzo (casación n.º 2595/2017); n.º 239/2019, de 25 de febrero (casación n.º 4336/2017); n.º 1708/2018, de 3 de diciembre (casación n.º 354/2016); n.º 554/2017, de 30 de marzo (casación n.º 3460/2017); n.º 402/2017, de 8 de marzo (casación n.º 93/2016) y, antes, en la sentencia de la antigua Sección Séptima de 30 de junio de 2014 (casación n.º 1846/2013), que la carrera profesional horizontal forma parte de las condiciones de trabajo a que se refiere la cláusula 4ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y que carece de justificación objetiva negar el derecho a ella al personal vinculado con la Administración por tiempo determinado que realiza las mismas funciones que el fijo de categoría comparable al que sí se le reconoce.

Llegados a este punto, solamente queda por decir que no haber cuantificado la cantidad procedente a que ascenderían las retribuciones a percibir por el Sr. Iván no impide el reconocimiento de su derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento de carrera porque se traducen en magnitudes determinables en ejecución de sentencia. Y tampoco es óbice la suspensión temporal del proceso de reconocimiento de niveles y grados porque afecta a la efectividad igualmente temporal del derecho. Además, aparte de que nada de eso dijera la resolución de la Viceconsejería de Sanidad que inadmitió la reclamación presentada en su día por el recurrente y otros interinos informáticos del Servicio Madrileño de Salud, es evidente que con la reclamación estaban pidiéndolo.

En definitiva, se impone, según hemos anticipado, la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia impugnada, la estimación del recurso de apelación, con la consiguiente anulación de la sentencia de instancia y la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, así como el reconocimiento al Sr. Iván del derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento de carrera en los términos que deberán establecerse en ejecución de sentencia.

QUINTO.- *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

A la vista de cuanto se ha dicho, la respuesta que hemos de dar a la cuestión que nos sometió el auto de admisión es la de que la carrera profesional horizontal forma parte de las condiciones de trabajo a que se refiere la cláusula 4ª del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE y que tiene acceso a ella el personal vinculado a la Administración por tiempo determinado que realiza las mismas funciones que el fijo de categoría comparable.

SEXTO.- *Costas.*

A tenor de lo establecido por el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. No se hace imposición de las de apelación ni de la instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida y porque la estimación del recurso contencioso-administrativo es parcial.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 4641/2018, interpuesto por don Iván contra la sentencia n.º 309/2018, de 3 de mayo, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación n.º 1357/2017 y anularla.

(2.º) Estimar dicho recurso de apelación, anular la sentencia dictada el 10 de octubre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 11 de los de Madrid en el recurso contencioso- administrativo n.º 185/2017, estimarlo en parte, anular la resolución de la Viceconsejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 15 de marzo de 2017 y reconocer al recurrente el derecho a la carrera profesional horizontal y al complemento de carrera según lo dicho en el fundamento cuarto.

(3.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ