



Roj: **STSJ M 3635/2019** - ECLI: **ES:TSJM:2019:3635**

Id Cendoj: **28079330072019100225**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **09/04/2019**

Nº de Recurso: **146/2018**

Nº de Resolución: **263/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE FELIX MARTIN CORREDERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

Tífs. 914934767-66-68-69

33010280

NIG: 28.079.00.3-2017/0009793

Recurso de Apelación 146/2018

Recurrente : CONSEJERIA SANIDAD CAM

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

D./Dña. Doroteo

PROCURADOR D./Dña. JOSE MARIA RUIZ DE LA CUESTA VACAS

Recurrido : CONSEJERIA SANIDAD CAM

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

D./Dña. Doroteo

PROCURADOR D./Dña. JOSE MARIA RUIZ DE LA CUESTA VACAS

SENTENCIA N° 263/2019

Presidente:

D./Dña. M^a JESUS MURIEL ALONSO

Magistrados:

D./Dña. ELVIRA ADORACION RODRIGUEZ MARTI

D./Dña. IGNACIO DEL RIEGO VALLEDOR

D./Dña. MATILDE APARICIO FERNÁNDEZ

D./Dña. SANTIAGO DE ANDRÉS FUENTES

D./Dña. JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA

En la Villa de Madrid a nueve de abril de dos mil diecinueve.

Esta Sala ha visto el recurso de apelación número 146/2018, interpuesto por don Doroteo , representado por el procurador don José María de la Cuesta Vacas, 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.

Ha intervenido como recurrido el Letrado de la Comunidad de Madrid en representación defensa del Servicio Madrileño de Salud.

Y ha actuado como ponente don JOSÉ FELIX MARTÍN CORREDERA , magistrado de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Por la sentencia indicada en el encabezamiento se desestima el recurso contencioso administrativo promovido por don Doroteo frente a la desestimación del recurso de reposición formulado en desacuerdo con la resolución de la Viceconsejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 27 de abril de 2017 del mismo órgano por la que se inadmite el escrito presentado con fecha 30 de enero de 2017, entre otros facultativos, por el especialista en medicina interna don Doroteo , a la vez que se deniegan las medidas cautelares que solicitaban.

SEGUNDO . Notificada a las partes, la representación procesal de don Doroteo interpuso recurso de apelación; una vez admitido, se acordó dar traslado al letrado de la Comunidad de Madrid para que en el plazo de quince días formalizase su oposición. Dentro del trámite conferido, se opuso al recurso en base a los fundamentos que expone y solicita su desestimación así como la confirmación de la sentencia apelada; tras lo cual se dispuso la remisión de los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes.

TERCERO . Recibidas las actuaciones, se acordó formar rollo de apelación y al no haberse solicitado el recibimiento de la apelación a prueba, ni la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 3 de abril de 2019, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . Solicitaba el actor en su demanda la anulación de la resolución impugnada por considerarla contraria a la Directiva 1999/70/C , del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE 80 y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada y como pretensión de plena jurisdicción la declaración del derecho a la plena y completa aplicación de la Directiva 1999/70/CE y de su Acuerdo Marco, con los siguientes pronunciamientos (trasladados a la letra de su escrito):

(i) Que se declare que en relación con los Facultativos estatutarios temporales del SERMAS, en general y en relación con el recurrente en particular, ni la ley 55/2003, de 16 de diciembre, del personal estatuario de los Servicios de Salud, ni el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, básica de la Función pública, establecen una duración máxima de los nombramientos de duración determinada, ni indican el número máximo de renovaciones permitidas, ni contemplan ninguna otra medida equivalente para prevenir y sancionar en su caso la utilización abusiva de contratos y nombramientos de duración determinada en régimen de temporalidad, posibilitando que estos empleados estatutarios temporales como es el recurrente, sean destinados a atender necesidades permanentes, estables, duraderas y estructurales.

(ii) Que se declare el derecho de mi mandante y se condene a la Administración demandada, a que proceda a su nombramiento como empleado estatutario fijo con destino en el Servicio Madrileño de Salud o subsidiariamente, como empleado estatutario equiparable 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 Facultativos estatutarios fijos comparables con destino en el Servicio Madrileño de Salud, y en todo caso, acuerde aplicarle las mismas causas, requisitos y procedimientos para su cese en sus puestos de trabajo que la ley establece para los homónimos Facultativos estatutarios fijos, y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeñan, con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rigen para sus homónimos estatutarios fijos comparables, y todo ello, como sanción al abuso en la relación temporal sucesiva y para eliminar las consecuencias de la infracción de la precitada norma comunitaria.

(iii) Declare el derecho de mi mandante y se condene a la Administración demandada a que le reconozca el derecho a la retribución complementaria de la carrera profesional, en idénticas condiciones y cuantías que sus homónimos empleados estatutarios fijos con destino en el Servicio de Salud Madrileño, condenando a la Administración demandada a abonarle este complemento, con las mensualidades atrasadas, en cuanto no estén prescritas.

(iv) Que se declare el derecho de mi mandante y se condene a la Administración demandada, a suprimir todas las discriminaciones y diferencias de trato existentes en las condiciones de trabajo, en todas ellas, entre los derechos estatutarios reconocidos a los empleados Facultativos estatutarios fijos con destino en el Servicio Madrileño de Salud, y los que se asignan al Facultativo temporal recurrente, en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos o derechos pasivos, sujetando al recurrente a las mismas condiciones de trabajo, en particular, a las mismas causas de cese en los puestos de trabajo y de extinción de la relación de empleo que rigen para los Facultativos fijos, adoptando cuantas medidas fueran necesarias al efecto.

(v) Que se declare contrario a la Directiva 1999/70/C , y al Acuerdo Marco, la exclusión total y absoluta del recurrente, como empleado estatutario temporales del SERMAS, de los concursos de traslado, de la provisión de vacantes, de los ascensos, de la promoción profesional y de la carrera administrativa, declarando y reconociendo su derecho a la movilidad horizontal y a la vertical y por tanto, a participar tanto en dichos concursos de traslado, como en los ascensos, en la promoción profesional y en la carrera administrativa, invocando sus méritos en régimen de igualdad con sus homónimos Facultativos estatutarios fijos.

(vi) Y adicionalmente, que se declare el derecho del recurrente y se condene a la Administración demandada, a que promueva e inste -dentro sus competencia y potestades- las reformas y modificaciones normativas ante los Órganos que fueran competentes para su iniciativa, tramitación y aprobación, al objeto de que la normativa interna reguladora del colectivo de empleados estatutarios temporales con destino en el Servicio Madrileño de Salud se ajuste y adapte a los mandatos contenidos en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE, eliminando la incompatibilidad de la legislación nacional con dichas disposiciones del Derecho comunitario".

SEGUNDO. En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia apelada se admite sin ambages que la Administración ha hecho una práctica abusiva de la hilvanación de contratos temporales en contra del espíritu de la Directiva 1999/70/CE, pudiendo considerarse que la culminación de estos contratos ha sido llevada a cabo en fraude de ley lo que debe tener su correspondiente repercusión en el ámbito de regulación de los derechos que asisten a los trabajadores que se han visto afectados por esta práctica. Con todo, se considera en la sentencia que tal situación solo puede resolverse por vía de regulación normativa para la que solo la Administración está facultada haciendo uso de la iniciativa legislativa. Por otro lado, se niega en la sentencia que la Directiva 1999/70/CE establezca el derecho de los trabajadores a obtener ciertas prebendas o beneficios en el ámbito de su relación laboral, sino que 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, dejando para el estudio individualizado de cada caso la regulación de la relación funcional que corresponda. Y añade que la Administración ha reaccionado ante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-16/15 (Pérez López v. Servicio Madrileño de Salud) procediendo, por un lado, a la convocatoria de procesos selectivos en algunas de las categorías en las que prestan servicio los interesados mediante Oferta de Empleo Público y, por otra mediante en el Acuerdo de 29 de marzo de 2017, firmado entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública con los Sindicatos mayoritarios, en el que se contiene el compromiso de incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales la tasa de reposición en los sectores prioritarios. Por lo tanto, asegura la sentencia que una de las pretensiones del recurrente había tenido ya respuesta y debe ser desestimado el motivo de impugnación.

Todavía aporta la sentencia un razonamiento más. Pone de relieve que la jurisprudencia española no admite la conversión del personal temporal en funcionario de carrera o estatutarios fijos por la existencia de irregularidades en los nombramientos temporales. Y agrega a modo de conclusión que teniendo en cuenta que al Juez nacional corresponde examinar la situación personal del recurrente, atendido que el demandante había tenido la oportunidad de participar en el concurso para cubrir plazas en el colectivo de personal estatutario fijo, teniendo en cuenta el principio de irretroactividad de las normas y disposiciones previsto en el art. 9.3 de la Constitución Española y que el principio de igualdad no se rompe cuando se trata de manera diferente casos desiguales, así como que el TJUE ha declarado que no existe discriminación en caso de que se aplique correctamente la legislación nacional y esta no resulta incompatible con la doctrina del propio TJUE, debe declararse que la resolución que inadmite la solicitud de reconocimiento de derechos homologados a los del personal estatutario fijo es ajustada a Derecho y, en consecuencia, desestima el recurso.

TERCERO . Como es fácil de suponer, opinión completamente divergente es la del apelante. Se sostiene en el recurso en línea de continuidad con los argumentos esgrimidos en la instancia que la sentencia recurrida al mantener al recurrente en la misma situación de temporalidad abusiva y de discriminación en determinadas condiciones de trabajo es radicalmente contraria al Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, con infracción de los principios de primacía o prevalencia y de aplicación directa los cuales obligan a inaplicar la

disposición nacional que sea incompatible con el derecho de la Unión, sin necesidad de solicitar o esperar la eliminación de la disposición del derecho interno (STC 145/2012 y STJUE, de 9 de marzo de 1978, C-106/1977); y paralelamente se queja de que la sentencia deja sin juzgar las cuestiones de fondo planteadas, aduciendo excusas formales ya superadas, como la firmeza de los nombramientos, de tal forma que la sentencia, al dejar sin aplicar la Directiva, pone en peligro el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco, permitiendo lo que la norma comunitaria expresamente prohíbe: los abusos en la relación temporal sucesiva y la discriminaciones en las condiciones de trabajo, en perjuicio de los empleados temporales.

Estas ideas se articulan a través de cuatro motivos de apelación; son los siguientes:

Primero, vulneración de las cláusulas 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo Marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo temporal y de los arts. 10 TCE , 4 TUE ; 234 , 264 , 267 , 288 y 291 del TFUE , y arts. 4 bis de la LOPJ , y 6.4 y 7.2 del título preliminar del Código Civil.

Segundo, vulneración de la cláusula 4 del Acuerdo Marco y de los arts. 33.1 de la ley jurisdiccional , 218 LEC y 24 CE , en relación con los art. 234 , 264 , 267 , 288 y 291 del TFUE , 10 TCE y 4 TUE y de los arts. 6.4 y 7.2 del título preliminar del Código Civil y 4 bis de la LOPJ por discriminación en las condiciones de trabajo, sin dar respuesta real a las pretensiones en la demanda.

Tercero, vulneración de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, al mantener la discriminación consistente en la prohibición de que los facultativos temporales puedan participar en los concursos para cubrir vacantes en los ascensos o en la promoción profesional.

Cuarto, vulneración de los arts. 10 CE , 4 TUE y 291.1 TFUE , y de los principios de prevalencia y eficacia directa de la normas de la UE, en relación con el acuerdo marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo temporal.

TERCERO . Existe en el recurso una sobrecarga de información jurídica relativa a la utilización sucesiva de la contratación temporal con la que no es necesario operar y que puede generar dificultades para comprenderlo, y en cambio se soslaya un dato que la Sala considera que constituye la primera premisa de nuestro examen y que, como enseguida veremos, nos obliga a disentir de la tesis actora. Ese dato silenciado que no obstante queda reflejado es que el médico internista don Doroteo desde el 24 de mayo de 2015 - antes de presentar el escrito que dio lugar en definitiva a las respuestas de la Administración - tiene la condición de personal estatutario interino, desde entonces no cabe hablar de nombramientos consecutivos, bien es verdad que hasta ese nombramiento fue nombrado sucesivamente personal eventual para prestar servicios en el Hospital Virgen de la Torre; son hasta 14 los nombramientos realizados con ese carácter de personal eventual. Pero a partir del nombramiento como interino, por el régimen jurídico aplicable (art. 9.2 del Estatuto Marco del Personal Estatutario, Ley 55/2003) no cabe hablar de sucesión de contratos, sino que, en su caso, se acordará el cese se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada. Conviene apuntar igualmente que en el año 2015 ha sido realizada convocatoria para cubrir plazas de especialista de medicina interna primaria, pero el recurrente no superó el proceso selectivo.

Era innecesario, por tanto, poner tanto énfasis en las consecuencias de la sucesión de nombramientos como personal estatutario eventual y en la observación de que las funciones desempeñadas eran las correspondientes al personal fijo para cubrir necesidades de carácter permanente, habitual y continuado por déficit estructural, pues su nombramiento desde 24 de mayo de 2015 no es ya fue para los supuestos del art. 9.3 del Estatuto Marco del Personal Estatutario.

Ni siquiera para el personal eventual en el que se concatenan nombramientos sucesivos en forma abusiva son predicables las consecuencias que propugna don Doroteo , esto es, un nombramiento como personal estatutario fijo y aplicación de las mismas causas, requisitos y procedimientos para su cese en sus puestos de trabajo establecidos para los homónimos estatuarios fijos y derecho a permanecer en el puesto de trabajo desempeñado con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rigen para sus homónimos estatuarios fijos comparables.

Sobre la problemática de la sucesión de los nombramientos como personal eventual para cuando no se ha dado cumplimiento a la previsión que obliga a estudiar la necesidad de creación de la plaza cuando se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses (art. 9.3 del EMPE) y que no importa repetirlo, no es ya el caso de don Doroteo , se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las respuestas interpretativas expresadas en la sentencia de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 785/2017).

Cuando se constata una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016

(asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), a juicio del Tribunal Supremo la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, del EMPE .

Se debe valorar en ese estudio, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por ese personal, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.

Ahora bien, en el caso de los interinos no se produce sucesión de nombramientos que pueda considerarse abusiva, ni por consiguiente, hay que realizar el estudio a que se refiere el mencionado art. 9.3: lo que ocurrirá, en cambio, es que se acordará el cese cuando se incorpore personal fijo. Y no apreciamos 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 de los de la legislación interna en que se basan los motivos en que se denuncia la indebida aplicación de la doctrina del acto consentido y firme y la no adopción de medidas para sancionar el abuso incompatible con la dicha Directiva. Como tiene declarado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 23.04.2009 (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, de modo que no obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones cuanto tal contrato cubre, en realidad, necesidades permanentes y duraderas del empleador.

Del mismo modo, y por las razones indicadas, no es posible convertir el nombramiento interino en otro de carácter fijo.

CUARTO. No podemos estimar los demás motivos aducidos en el recurso de apelación.

Por más que desde un punto puramente teórico tendría razón el recurrente en el extremo relativo al reconocimiento del derecho a la carrera profesional horizontal (STS de 18/12/2018, recurso 3723/2017), es decir, en el punto en que el Acuerdo de 25/01/2007 que regula la carrera profesional del personal facultativo prevé en su Disposición Transitoria Segunda que el personal interino "podrá solicitar el reconocimiento del nivel profesional en los mismos términos que el personal con nombramiento fijo, si bien con efectos económicos diferidos al momento de acceder a la condición de fijo", debiendo considerarse que existe discriminación por condicionarse el derecho a la previa adquisición de la condición de personal estatutario fijo. No obstante, las resoluciones recurridas no vienen a denegar el derecho. Lo que se decidió por la Administración, aparte de denegar una medida cautelar, fue inadmitir la solicitud presentada porque no se recurría ninguna concreta disposición, acto, actividad, inactividad o vía de hecho. Tampoco la recurrente concretaba su reclamación traduciéndola a cantidades por complementos ligados al reconocimiento de un nivel de carrera, y sin olvidar que desde la Ley 8/2010 de 23 de diciembre, Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid estaban suspendidos los nuevos reconocimientos de grados de carrera y pagos correspondientes. Fue la Ley 12/2017 de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, posterior a las resoluciones recurridas, la que en su art. 27 contempla el inicio gradual de la recuperación de la carrera profesional.

Por otro, las diferencias en orden a la movilidad, la participación en concursos para la provisión de vacantes la promoción profesional, las situaciones administrativas y cese se encuentran justificadas objetivamente porque el interino es nombrado para cubrir un determinado puesto a que está vincula.

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. No se puede pretender, por tanto, por la propia naturaleza del vínculo del interino con la Administración, que quién ha sido nombrado para cubrir un determinado puesto por razones objetivas tenga derecho a la movilidad propia del personal fijo en iguales condiciones que este.

Por lo demás, el derecho a la carrera profesional vertical viene reservado a los funcionarios de carrera, en nuestro caso al personal estatutario fijo.

QUINTO. Para terminar, tenemos que señalar que no encontramos razones para elevar cuestión prejudicial como se nos pide pues el tema las consecuencias de los nombramientos sucesivos como personal estatutario



temporal ha sido zanjado en gran medida por la sentencia de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 785/2017).

SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 LJCA procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante pues sus pretensiones ha sido totalmente desestimadas y no se aprecian circunstancias que, de contrario, justifiquen su no imposición, si bien, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3 del propio precepto reseñado, esta imposición de costas se efectúa hasta un máximo de 1.000 Euros por la intervención del letrado de la Comunidad de Madrid.

FALLO

En atención a lo expuesto, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Doroteo 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.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días** , contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2581-0000-85-0146-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2581-0000-85-0146-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así se acuerda y firma.