



Roj: **STS 4737/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4737**

Id Cendoj: **28079130042021100410**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/12/2021**

Nº de Recurso: **3989/2019**

Nº de Resolución: **1452/2021**

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

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11118/2018,**

**ATS 1179/2021,**

**STS 4737/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.452/2021**

Fecha de sentencia: 10/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3989/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

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

Transcrito por: RBA

Nota:

R. CASACION núm.: 3989/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1452/2021**

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 10 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 3989/2019, interpuesto por doña Clara, representada por el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas y bajo la dirección letrada de don Francisco Javier Aráuz de Robles, contra la sentencia núm. 768/2018, de 15 de noviembre, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso núm. 393/2018. Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid representada y asistida por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

"[...] FALLAMOS.- PRIMERO.- que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación número 393/2018, interpuesto por doña Clara, representada por el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas, contra la sentencia nº 34, de fecha 30 de enero de 2018, dictada por el juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Madrid, en el procedimiento abreviado número 94/2017, que se confirma.

SEGUNDO.- se condena a la parte apelante en las costas causadas en este proceso judicial, limitándose la partida correspondiente a honorarios profesionales hasta un máximo de 800 euros.[...]"

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de doña Clara, presentó escrito preparando el recurso de casación, que la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, por diligencia de ordenación de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 15 de noviembre de 2019, se tuvo por personados a don Celso en representación de doña Clara como parte recurrente, y al Letrado de la Comunidad de Madrid en representación de dicha Comunidad, como parte recurrida.

**CUARTO.-** Por auto de 4 de febrero de 2021, la Sección Primera de esta Sala acordó:

"[...] Primero. - Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de doña Clara contra la sentencia de 15 de noviembre de 2018, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso de apelación 393/2018.

Segundo.- Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

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).

Tercero.- Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los artículos Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, 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.

Cuarto. - Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto. - Comuníquese inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto. - Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto.[...].

**QUINTO.-** Teniendo por admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrente para que en treinta días, formalizara escrito de interposición, lo que realizó, suplicando:

"[...] Que habiendo presentado este escrito, se sirva a admitirlo y tenga por INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia indicada, 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.[...]."

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 12 de abril de 2021, se emplazó a la parte recurrida para que en treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala:

"[...] que tenga por presentado este escrito y por opuesta a esta parte en el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia nº 768/2018, de 15 de noviembre, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid-Sección Séptima en Recurso de Apelación 393 /2018, y que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia desestimatoria del Recurso de Casación confirmando la resolución recurrida.[...]."

**SÉPTIMO.-** 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.

**OCTAVO.-** Mediante providencia de fecha 24 de septiembre de 2021 se señaló para votación y fallo la audiencia el día 16 de noviembre de 2021, prolongándose la deliberación hasta el día 9 de diciembre del año en curso, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de casación es interpuesto por la representación procesal de doña Clara contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2018.

Los antecedentes del asunto, por lo que aquí específicamente importa, son como sigue. La recurrente viene prestando servicios como personal estatutario eventual para el Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, en la categoría de higienista dental, desde el 11 de febrero de 2003 y, más concretamente, desde el 6 de julio de 2015 lo hace en el centro sanitario de San Agustín de Guadalix. Junto con otras personas en parecida situación, solicitó de la Administración que garantizara, con base en la Directiva 1999/70/CE,

"[...] la aplicación a los reclamantes de estos principios de igualdad de trato y no discriminación, y de interdicción del abuso en las relaciones temporales sucesivas, lo que debe conllevar, como mínimo, el reconocimiento necesario de estabilidad en el empleo de los reclamantes, su derecho a seguir desempeñando



el puesto de trabajo que actualmente están desempeñando indefinidamente y su derecho a participar en los concursos de traslados para la provisión de vacantes, para la promoción profesional, en los ascensos y en la carrera administrativa[...]"

Esta solicitud fue inadmitida por resolución del Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 26 de agosto de 2016, confirmada en reposición mediante resolución de 3 de noviembre de 2016.

Disconforme con ello, la ahora recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo. Éste fue desestimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid de 30 de enero de 2018, que, siguiendo el mismo criterio que en casos anteriores, entiende que las pretensiones de la demandante carecen de fundamento normativo. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por la sentencia ahora impugnada, según la cual la continuidad de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo como la aquí considerada no supone, por sí sola, la existencia de un fraude de ley o una desviación de poder.

**SEGUNDO.-** Preparado el recurso de casación, fue admitido por auto de la Sección 1ª de esta Sala de 4 de febrero de 2021. Las cuestiones que éste declara de interés casacional objetivo 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 ( 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).[...]"

**TERCERO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación se alega que la sentencia impugnada, al no acoger las pretensiones de la recurrente, infringe la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, transformado en Derecho de la Unión Europea por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

Dice la recurrente que el mantenimiento durante tantos años de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo -"eventual" en el sentido de la legislación del personal estatutario de la Administración sanitaria- supone una utilización abusiva de una modalidad de trabajo de duración limitada, a efectos de la cláusula 5 del citado Acuerdo Marco. Una vez sentado esto, argumenta que, si ha habido un abuso, debe haber una sanción; y, tras citar diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, enumera las medidas que, a su juicio, no constituyen sanciones adecuadas a la vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo Marco: la organización de un proceso selectivo para cubrir la plaza establemente, la transformación de la relación de servicio en indefinida no fija, y el reconocimiento de un derecho a indemnización.

Más aún, en este orden de ideas, la recurrente afirma que nuestras sentencias nº 1425/2018 y nº 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, no son acordes a lo exigido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco. El criterio fijado entonces por esta Sala es que quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene 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 art. 10.1 del Estatuto Básico



del Empleado Público; y tiene derecho, asimismo, a reclamar, por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración, una indemnización por los daños y perjuicios que aquella situación le haya producido. Sin embargo, la recurrente sostiene que estas posibles medidas equivalen a una sanción no prevista por la ley y que, además, coadyuvan a perpetuar el abuso.

Por ello, concluye que la única sanción adecuada para la vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo Marco es la transformación de la relación estatutaria de servicio en fija a todos los efectos. Para sustentar esta afirmación, invoca la prohibición del fraude de ley ( art. 6 del Código Civil) y el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea, indicando que la cláusula 5 del Acuerdo Marco tiene eficacia directa. Y dice también que la inamovilidad en el puesto de trabajo que reclama no nace del art. 23 de la Constitución, sino del art. 103 del propio texto constitucional.

Por lo que se refiere a sus pretensiones de reconocimiento del derecho a la carrera profesional y del derecho a la movilidad horizontal y vertical, la argumentación de la recurrente es más concisa. Para lo primero se remite simplemente a la jurisprudencia de esta Sala, y sobre la movilidad sostiene que forma parte de las "condiciones de trabajo" en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo Marco.

**CUARTO.-** En el escrito de oposición al recurso de casación, el Letrado de la Comunidad de Madrid argumenta que una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo, aun cuando sea muy prolongada en el tiempo, no es en sí misma abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. A este respecto observa que, en materia de utilización abusiva del trabajo de duración limitada, la disposición relevante no es la cláusula 4 del Acuerdo Marco, que consagra el principio de no discriminación entre trabajadores fijos y no fijos, sino la mencionada cláusula 5.

Dicho esto, observa que, incluso si la situación de la recurrente pudiera calificarse de abusiva en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, la consecuencia jurídica no podría ser la transformación de la relación estatutaria de servicio en fija. Señala que ello no es exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, además, carece de fundamento normativo en el ordenamiento español, citando a este respecto varias sentencias de esta Sala.

En cuanto a las otras pretensiones de la recurrente, el Letrado de la Comunidad de Madrid, tras decir que discriminación alegada no ha sido probada, argumenta que la reclamación relativa a la carrera profesional es genérica y la atinente a la movilidad no puede acogerse, por proyectarse sobre situaciones en que se hallan sólo los empleados fijos.

**QUINTO.-** Antes de seguir adelante, es preciso dejar constancia de que la recurrente ha hecho uso, hasta en cuatro ocasiones, de la facultad prevista en los arts. 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. La última vez fue dos días hábiles antes del señalado para la deliberación de este asunto. 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 cuestión prejudicial.

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 arts. 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.

**SEXTO.-** Abordando ya el tema litigioso, esta Sala no alberga ninguna duda de que el mantenimiento desde el año 2003 de una relación estatutaria de servicio como personal eventual, en el sentido de la legislación sobre el empleo público en la Administración sanitaria, constituye una situación objetivamente abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

En efecto, en algunas ocasiones anteriores ha declarado esta Sala que no puede hablarse de situación abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco cuando ha habido un único nombramiento de carácter no fijo, porque lo que esta disposición busca es evitar renovaciones sucesivas de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo para cubrir necesidades de naturaleza permanente. Ahora bien, ciñéndonos a la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es preciso afirmar que, aun en presencia de un único nombramiento de carácter no fijo, la situación puede ser abusiva a efectos de la mencionada cláusula 5 del Acuerdo Marco si aquel único nombramiento es injustificadamente prolongado y, por consiguiente, si en ese tiempo habría debido la Administración organizar el correspondiente proceso selectivo para cubrir establemente la plaza. Véase, en este sentido, la sentencia *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario* (C-726/19) de 3 de junio de 2021 (párrafo 35).





Pues bien, aplicando este criterio al presente caso, resulta que el tiempo en que la recurrente ha estado en una situación de interinidad -que no consta que haya finalizado- es, por sí solo, injustificadamente prolongado, 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.

Las consecuencias jurídicas que, en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la legislación española, resultan aplicables a una situación contraria a lo contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco son las expuestas en nuestras arriba mencionadas sentencias de 26 de septiembre de 2018, 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 art. 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.

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 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". Así la sentencia *Sánchez Ruiz* (C-103/18 y C-429/18) de 19 de marzo de 2020 (parágrafo 87). Y desde luego es claro que la legislación española sobre empleo público no permite, contrariamente a lo que pretende la recurrente, la transformación en fija de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo. No hay ninguna base legal para ello. Valga la remisión, de nuevo, a nuestras sentencias de 26 de septiembre de 2018.

En fin, por lo que hace a la distinción que la recurrente traza entre los arts. 23 y 103 de la Constitución, esta Sala no alcanza a comprender qué se quiere decir, pues entre esos dos preceptos constitucionales no cabe apreciar finalidades diferentes: el mérito y la capacidad que el segundo de ellos impone como criterio de la selección para la función pública está íntimamente vinculado al principio de igualdad en las condiciones de acceso a las funciones públicas, consagrado en el primero de ellos.

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.

**SÉPTIMO.-** En cuanto a las pretensiones de la recurrente relativas a la carrera profesional y a la movilidad horizontal y vertical, debe comenzarse 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 a la carrera profesional y 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 al Letrado de la Comunidad de Madrid cuando observa que las alegaciones de la recurrente adolecen de falta de concreción, pues son sumamente breves y poco precisas. 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 art. 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 nº 1592/2018, de 7 de noviembre, nº 1308/2021, de 3 de noviembre, y nº 1334/2021, de 15 de noviembre.

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 arts. 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 art. 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.

**OCTAVO.-** A la vista de cuanto queda expuesto, la respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo es la siguiente:

1º. Una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo que se prolonga ininterrumpidamente durante más de diez años sin que la Administración haya mostrado que estuviera destinada a algo distinto que cubrir una necesidad permanente constituye una utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada, a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

2º. Las consecuencias jurídicas de una situación contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco son las expuestas en las sentencias de esta Sala nº 1425/2018 y nº 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, 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 art. 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.

3º. Ni la cláusula 5 del Acuerdo Marco ni la legislación española prevén que la persona que se halla en una situación de utilización objetivamente abusiva del trabajo de duración determinada tenga derecho a la transformación en fija de su relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

4º. Forman parte de las "condiciones de trabajo", en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, los siguientes aspectos de la relación de servicio: 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. En estas materias no cabe un trato diferente de quienes están en una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo con respecto a los funcionarios de carrera. Tampoco cabe el trato diferente en lo relativo a la "carrera horizontal", contemplada en el art. 17 del Estatuto Básico del Empleado Público.

5º. Los derechos atinentes a la "promoción interna de los funcionarios de carrera", regulados en el art. 18 del Estatuto Básico del Empleado Público, no corresponden a quienes están ligados a la Administración por una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

**NOVENO.-** En consonancia con ello, resulta que debe acogerse el reproche dirigido por la recurrente contra la sentencia impugnada en lo relativo a aquellos aspectos de la relación de servicio que forman parte de las "condiciones de trabajo", incluidos los derechos inherentes a la llamada "carrera horizontal". En todo lo demás, la sentencia impugnada ha de considerarse ajustada a Derecho.

Ello conduce necesariamente a anular la sentencia impugnada, así como la sentencia de instancia, que fue íntegramente confirmada por aquélla. En su lugar, procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo, declarando que la situación de la demandante como personal sanitario eventual constituye



objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada y declarando su derecho a no ser discriminada con respecto a los funcionarios de carrera en materia de retribuciones, régimen de Seguridad Social, vacaciones, permisos y posibilidades de formación profesional, así como de reconocimiento de la antigüedad si adquiere la condición de personal estatutario fijo, ni en general en lo relativo a la "carrera horizontal". Debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo en todo lo demás.

**DÉCIMO.-** Con arreglo al art. 93 de la Ley Jurisdiccional, en el recurso de casación debe cada parte soportar sus propias costas.

En cuanto a las costas de la apelación, de conformidad con lo previsto en el art. 139 del referido cuerpo legal, sólo cabe imponerlas al apelante que ve desestimada su impugnación; lo que no es aquí el caso.

En fin, con arreglo al mencionado art. 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer imposición de las costas de la instancia, dado que el recurso contencioso-administrativo ha sido parcialmente estimado.

## FALLO

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

**PRIMERO.-** Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Clara contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2018, que anulamos.

**SEGUNDO.-** Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Clara contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid de 30 de enero de 2018, que anulamos.

**TERCERO.-** Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de doña Clara contra las resoluciones del Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 26 de agosto y 3 de noviembre de 2016, declarando que la situación de la demandante como personal sanitario eventual constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada y declarando, asimismo, su derecho a no ser discriminada con respecto a los funcionarios de carrera en materia de retribuciones, régimen de Seguridad Social, vacaciones, permisos y posibilidades de formación profesional, así como de reconocimiento de la antigüedad si adquiere la condición de personal estatutario fijo, ni en lo relativo a la carrera horizontal.

**CUARTO.-** Desestimar el recurso contencioso-administrativo en todo lo demás.

**QUINTO.-** No hacer imposición de las costas.

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

Así se acuerda y firma.