



Roj: **ATS 1178/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1178A**

Id Cendoj: **28079130012021200228**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2021**

Nº de Recurso: **3994/2019**

Nº de Resolución:

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

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

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3560/2019,**
ATS 1178/2021,
STS 4800/2021

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 04/02/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3994/2019

Materia: FUNCION PUBLICA Y PERSONAL

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Secretaría de Sala Destino: 004

Transcrito por: MMC

Nota:

R. CASACION núm.: 3994/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. César Tolosa Tribiño, presidente



D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 4 de febrero de 2021.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante la resolución del Viceconsejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 27 abril 2017 se desestima la medida cautelar solicitada por veintisiete facultativos atinente a la aplicación de la directiva 1999/70/CE y se inadmite la reclamación de fondo, con sustento en el artículo 88.5 de la Ley 39/2015, al no recurrirse ninguna actuación administrativa concreta, al pretenderse el reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico que, además, requerirían cambios afectantes a la normativa básica sobre la que la comunidad autónoma carece de competencia.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo por D. Joaquín frente a la anterior resolución, el mismo fue desestimado por sentencia de 12 de abril de 2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 9 de Madrid dictada en el procedimiento abreviado núm. 184/2017.

Las pretensiones formuladas son, en síntesis, las siguientes:

- Que se declare que el personal facultativo temporal del Servicio Madrileño de Salud, (en adelante, SERMAS), viene concatenando nombramientos de forma abusiva para ocupar necesidades estructurales y permanentes.
- Que se proceda a su nombramiento como personal estatutario fijo o equiparado con todos los derechos inherentes.
- Que se proceda al abono del complemento de la carrera profesional en las cantidades no prescritas.
- Que se suprima toda discriminación con el personal estatutario fijo (protección social, provisión de vacantes, formación profesional...).
- Que se declare contrario a la directiva 1999/70/CE la exclusión de los concursos de traslado, provisiones de vacantes, ascensos, promoción profesional y de la carrera administrativa.
- Que se proceda a adaptar la normativa a la directiva 1999/70/CE.

La sentencia, en resumen, desestima el recurso contencioso administrativo, rechazando la pretensión de la fijeza de la relación con sustento en la jurisprudencia comunitaria y las sentencias de Sala que cita, sin que se haya acreditado fraude en los nombramientos efectuados, nombramientos que, además, son actos firmes al no haber sido impugnados.

TERCERO.- Frente a la anterior sentencia, D. Joaquín interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la sentencia de 28 de marzo de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (recurso de apelación núm. 843/2019).

La sentencia de apelación descarta la falta de motivación de la sentencia impugnada y denuncia la ausencia de crítica en el recurso de apelación que tacha de ser reiterativo de lo manifestado en la instancia.

De otro lado, rechaza el uso abusivo y el carácter fraudulento de los sucesivos llamamientos como interino (artículo 9.2 Ley 55/2003) en su condición de facultativo especialista en alergología, al no haberse acreditado que se haya aplicado de forma ilegal, irregular e inadecuada. Además, considera inaplicable la figura del personal indefinido al ser distintos el vínculo estatuario/funcionario, de un lado, y el laboral, de otro.

Finalmente, en lo concerniente a la igualdad retributiva aprecia no atendible la pretensión formulada en términos genéricos. De otro lado, considera que no hay discriminación en lo atinente a la carrera profesional y rechaza la pretensión en torno a los cambios normativos, dado el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa.

CUARTO.- La representación procesal de D. Joaquín ha preparado recurso de casación en el que denuncia, en resumen, la vulneración de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999), artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, artículos 10 y 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) y el artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de



diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, así como la jurisprudencia que cita.

Razona la parte recurrente que ha prestado servicios durante más de 12 años continuados en el mismo puesto de trabajo en el servicio de alergología en el hospital Puerta de Hierro, a través de contratos de interinidad sucesivos. Reconoce la inexistencia de previsión normativa en estos supuestos de concatenación abusiva y pretende que se le reconozca el derecho a permanecer en el puesto de trabajo de forma estable.

Razona que le corresponde acceder al derecho a la carrera profesional horizontal y a la movilidad vertical y horizontal con sustento en la jurisprudencia que cita.

Añade que se ha infringido los artículos 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (en adelante, LJCA), artículo 4 bis LOPJ, art 267 TFUE, al no haberse suspendido el proceso por estar pendiente de resolución la cuestión prejudicial comunitaria.

Se articula el recurso de casación sobre la base de los supuestos de interés casacional objetivo previstos en los apartados a), c) y f) del artículo 88.2) LJCA y en la presunción del apartado a) del artículo 88.3 LJCA.

QUINTO. - Por auto de 31 de mayo de 2019, la Sala de apelación tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala del Tribunal Supremo, así como la remisión a la misma de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado la representación procesal de D. Joaquín , en calidad de recurrente y la representación procesal de la Comunidad Autónoma de Madrid, en calidad de parte recurrida, quien no ha formulado oposición a la admisión del presente recurso de casación, con ocasión al trámite conferido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Conviene señalar en primer lugar, que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada por la parte recurrente una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, interés casacional objetivo que se debe fundamentar con especial referencia al caso, de manera que la infracción denunciada sea determinante de la decisión adoptada en relación con las cuestiones suscitadas y objeto de pronunciamiento.

Pues bien, en el presente caso, se plantea como cuestión de interés casacional, entre otras, si debe suspenderse el litigio una vez planteada una cuestión prejudicial comunitaria similar, en particular, la cuestión prejudicial comunitaria en los asuntos acumulados C- 103/2018 y C-429/2018, planteadas por los Juzgados Contencioso Administrativo núm. 8 y 12 de Madrid.

Sin perjuicio de la falta de justificación de interés casacional objetivo en torno a las infracciones normativas denunciadas concernientes a la meritada cuestión, la sentencia de 19 de marzo de 2020 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), (aportada por la recurrente), conduce a que la cuestión haya perdido sobrevenidamente interés casacional. Toda vez que carece de sentido abordar la cuestión en torno a la suspensión durante la pendencia de la cuestión prejudicial comunitaria cuando ya ha recaído sentencia.

Por consiguiente, procede la inadmisión de la cuestión planteada en torno a la procedencia o no de la suspensión del litigio ante la pendencia de una cuestión prejudicial comunitaria por falta de justificación de que concurren alguno de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, conforme al artículo 89.2.f) con relación al artículo 89.2 y 90.4.b) de la LJCA y, en cualquier caso, por carencia sobrevenida de interés casacional objetivo en virtud del artículo 90.4.d) LJCA.

SEGUNDO.- Cumplidas en el escrito de preparación las exigencias que impone el artículo 89.2 de la LJCA respecto al resto de las cuestiones planteadas, hemos de resaltar ahora que los argumentos que expone la parte recurrente respecto de las normas infringidas y los supuestos de interés casacional concurrentes llevan a la Sección de Admisión a entender que, en efecto, presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia toda vez que concurre el supuesto de interés casacional previsto en el apartado c) del artículo 88.2 LJCA, al afectar al colectivo de sanitarios del SERMAS que prestan sus servicios mediante llamamientos temporales, siendo ineludible esclarecer los derechos y deberes que, en su caso, les competen.

Las cuestiones que revisten 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 (recurso casación núm. 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) En caso de respuesta afirmativa -existencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

4ª) Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal 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.

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

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

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas los artículos 10 y 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, (actuales artículos 10 y 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015), artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999) y los artículos 14 y 23 de la Constitución Española.

Todo ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso ex artículo 90.4 LJCA.

TERCERO. - Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por D. Joaquín , contra la sentencia de 28 de marzo de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (recurso de apelación núm. 843/2019).

CUARTO. - Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

Por lo expuesto, en el recurso de casación registrado en la Sala Tercera del Tribunal Supremo con el núm. 3994/2019.

La Sección de Admisión acuerda:

Primero. - Admitir parcialmente a trámite el recurso de casación preparado por D. Joaquín , contra la sentencia de 28 de marzo de 2019 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (recurso de apelación núm. 843/2019).

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

1ª) Si, de conformidad con las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14), de 19 de marzo de 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) y la STS de 26 de septiembre de 2018 (recurso casación núm. 1305/2017), se ha producido o no, en el caso examinado, una utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal 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) En caso de respuesta afirmativa -existencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas, para el recurrente que se anudan a tal declaración.

4ª) Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de personal estatutario temporal 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.

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

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

Tercero. - Identificar como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas los artículos 10 y 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, (actuales artículos 10 y 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015), artículo 9.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999) y los artículos 14 y 23 de la Constitución Española.

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

Quinto. - Comuníquese inmediatamente a la Sala de apelación 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 de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.

D. Cesar Tolosa Tribiño D. Antonio J. Fonseca-Herrero Raimundo

Dª. Inés Huerta Garicano D. Angel Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda