

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065840

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1434/2021, de 3 de diciembre de 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4849/2019

SUMARIO:

Trabajadores del sector público. Nombramiento de interinos. Conversión en indefinidos. Indemnización por cese. Carrera profesional horizontal. Movilidad.

Revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones:

1ª) Si de conformidad con las sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo, se ha producido o no, en el caso, una **utilización abusiva de nombramientos de personal estatutario temporal de carácter interino** ex artículo 9.2 de la Ley 55/2003;

2ª) En caso de respuesta afirmativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las **consecuencias, laborales y/o económicas** para los recurrentes 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 los que dicho personal quede excluido de la posibilidad de realizar dicha carrera horizontal;

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.

No estamos ante una impugnación de un cese en la actividad desempeñada como funcionario interino o eventual. Bajo tal marco resulta **improcedente la pretensión ejercitada**, y desestimada en la instancia, de obtener un nombramiento de personal estatutario fijo dado el contenido del artículo 23 CE, sobre mérito y capacidad, y la interpretación que sobre la Directiva 1999/70/CE ha venido realizando el TJUE.

El interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia reside, no en establecer si hay o no una discriminación **en el acceso a la carrera profesional entre el personal estatutario interino y el personal estatutario eventual o sustituto**, sino en declarar que **es discriminatorio para el personal estatutario temporal eventual y sustituto en las circunstancias del caso su exclusión de dicho acceso frente al personal fijo**, por no concurrir razones objetivas que la justifiquen, como lo pone de manifiesto que se haya reconocido al personal estatutario temporal interino.

Recientemente, **se ha reputado abusivo el encadenamiento de nombramientos como personal estatutario no fijo** para cubrir necesidades que la Administración no ha mostrado que no fuesen permanentes. También se ha dicho que **carece de fundamento la aplicación de la legislación laboral respecto de la relación estatutaria** por lo que no procede convertir la relación de personal interino en indefinida. Y se añadió que **el mero hecho de haber sido personal interino durante un periodo de tiempo más o menos largo no implica automáticamente un daño**.

Las circunstancias del caso de autos son diferentes pues no solo **no ha habido cese de los recurrentes**, sino que han sido convocadas oposiciones a las que han concurrido los recurrentes que, por razones varias, no obtuvieron plaza fija. Ello no ha sido óbice para que la Administración hiciera o mantuviera un nombramiento como interino.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 23.2

Ley 29/1998 (LJCA), art. 90.4

Ley 55/2003 (Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud), arts. 9.2

RDLeg..5/2015 (TREBEP), arts. 10 y 70.

PONENTE:

Doña Celsa Pico Lorenzo.

Magistrados:

Don PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
Don CELSA PICO LORENZO
Don LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ
Don MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA
Don ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO
Don JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.434/2021

Fecha de sentencia: 03/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4849/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/10/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4849/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1434/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 3 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-4849/2019, interpuesto por el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas en nombre y representación de doña Begoña y de don Jose Francisco, contra la sentencia 157/2019, de fecha 16 de abril de 2019 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, que desestimó el recurso de apelación 56/2018, interpuesto contra la sentencia de 14 de diciembre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de los de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento abreviado núm. 197/2017.

Ha sido parte recurrida el Servicio Canario de Salud, representado y defendido por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso de apelación número 56/2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia el 16 de abril de 2019, cuyo fallo dice literalmente:

"1º) Desestimar el recurso de apelación promovido por doña Begoña y don Jose Francisco.

2º) Estimar la apelación promovida, vía adhesión, por el Servicio Canario de Salud, revocando el inciso "salvo en lo relativo a la pretensión (iii) de reconocimiento del derecho a la carrera profesional, que se estima parcialmente en los términos expuestos." del apartado 2 del Fallo de la sentencia de primera instancia, que queda sin efecto alguno, permaneciendo idéntico el resto de los pronunciamientos.

3º) Sin condena en costas por las causadas por la tramitación de la adhesión a la apelación. Con condena de doña Begoña y don Jose Francisco al pago de las costas causadas por la tramitación del proceso en primera instancia, en su totalidad, y las causadas por la tramitación de su recurso de apelación, hasta un límite máximo de 600 euros."

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de doña Begoña y de don Jose Francisco, recurso de casación, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, tuvo por preparado mediante auto de 20 de junio de 2019 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó auto el 4 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" Primero. - Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D^a Begoña y D. Jose Francisco contra la sentencia de 16 de abril de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda - sede de Santa Cruz de Tenerife) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recaída en el recurso de apelación núm. 56/2018.

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 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 afirmativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas para los recurrentes 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 los 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 10 y 70 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, contenido en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.

Cuarto.

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

Quinto.

- Comuníquese inmediatamente a la Sala sentenciadora 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."

Cuarto.

Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2021, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó el procurador don José María Ruiz de la Cuesta Vacas en nombre y representación de doña Begoña y de don Jose Francisco, por escrito de fecha 28 de abril de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "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."

Quinto.

Por providencia de 7 de abril de 2021, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en escrito de 24 de mayo de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, terminó suplicando: "dicte Sentencia desestimando el Recurso de Casación interpuesto, confirmando la Sentencia recurrida, con expresa imposición de costas al recurrente."

Sexto.

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 12 de julio de 2021 se señala este recurso para votación y fallo el día 19 de octubre de 2021, fecha en que se inició, continuando en fechas sucesivas y finalizando el 23 de noviembre, y se designa Magistrada Ponente a la Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.

La representación procesal de doña Begoña y don Jose Francisco interpone recurso de casación contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda - sede de Santa Cruz de Tenerife) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 16 de abril de 2019, que desestimó su recurso de apelación núm. 56/2018 contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento abreviado núm. 197/2017 deducido por aquellos contra la resolución núm. 1289/2017, de 24 de abril, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Canario de la Salud, que desestima el recurso de reposición interpuesto sobre reconocimiento como personal estatutario fijo de los demandantes. La sentencia de la Sala estimó la apelación promovida vía adhesión por el Servicio Canario de Salud.

La sentencia de 14 de diciembre de 2017 del Juzgado, tras reseñar que doña Begoña es personal estatutario eventual desde 1998 y desde 2001 interina, con categoría profesional de auxiliar administrativo, desempeñando sus funciones en la Dirección Gerencia del Hospital Universitario N^o S^a de Candelaria, mientras que don Jose Francisco es personal estatutario eventual desde 2006 e interino desde 2008, con la categoría de FEA Medicina Nuclear, en la Unidad de Medicina Nuclear de dicho Hospital e indicar que las pretensiones de la demanda no coinciden con las ejercitadas en vía administrativa, acordó lo siguiente:

"1. Inadmitir las pretensiones primera (i) y sexta (vi) del petitum de la demanda.

2. Declarar conforme a derecho el acto administrativo recurrido, salvo en lo relativo a la pretensión (iii) de reconocimiento del derecho a la carrera profesional, que se estima parcialmente en los términos expuestos.

3. Desestimar el resto de pretensiones del recurso contencioso-administrativo."

Mientras la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo desestimó el recurso de apelación núm. 56/2018 (completa en Cendoj Roj: STSJ ICAN 983/2019 - ECLI:ES:TSJICAN:2019:983) interpuesto por la representación de los recurrentes en instancia y estimó la apelación promovida vía adhesión por el Servicio Canario de Salud, <<revocando el inciso "salvo en lo relativo a la pretensión (iii) de reconocimiento del derecho a la carrera profesional, que se estima parcialmente en los términos expuestos" del apartado 2 del fallo de la sentencia de primera instancia, que queda sin efecto alguno, permaneciendo idéntico el resto de los pronunciamientos>>.

Debemos destacar que la Sala de Canarias en su fundamento PRIMERO subraya que los recurrentes no impugnaron su nombramiento como personal eventual, sino que ejercitaron, al margen de todo proceso selectivo, un derecho de petición.

En el SEGUNDO recalca que el fraude de ley no se presume, sino que debe ser probado por quien lo invoca. Recalca que la sucesión de nombramientos no significa fraude de ley.

En el TERCERO procede a una prolija reproducción de jurisprudencia de la Unión Europea mas la STSJ de la Comunidad de Madrid de 7 de octubre de 2016.

En el apartado final afirma que el nombramiento por sentencia como interino de toda aquella persona que acredite haber trabajado como personal eventual durante cierto período de tiempo no es una consecuencia jurídica prevista en ninguna norma jurídica ni de Derecho interno ni de Derecho de la Unión Europea, ni tampoco se deriva de la jurisprudencia del TJUE. Y no es sostenible su construcción por parte de la doctrina porque es contraria a la Constitución y más en concreto al artículo 23.2 de la misma.

Añade "La legítima aspiración de los demandantes, y en general de cualquier ciudadano que cumpla los requisitos exigidos para ello por el Estatuto Básico del Empleado Público, de obtener una plaza de empleo público en titularidad queda suficientemente satisfecha en nuestro derecho patrio no sólo a través de la solicitud de creación de nuevas plazas cuando se aprecien necesidades estructurales, sino también a través de la posibilidad de solicitar a la administración sanitaria que proceda a la convocatoria de los procesos selectivos correspondientes para cubrir todas aquellas plazas vacantes, incluidas las cubiertas por interinos. Sólo a través de proceso selectivo puede accederse a las mismas, lo cual constituye, además, una garantía para el ciudadano, que merece ser atendido, desde el sector público, sólo por quienes han acreditado su mérito y capacidad a través del correspondiente proceso selectivo."

Tras rechazar el recurso de apelación de los demandantes en instancia analiza el suscitado por el Servicio Canario de Salud en el CUARTO.

Subraya que la sentencia ha incurrido "parcialmente el fallo en incongruencia extra petita, debe asimismo repararse en que la pretensión identificada, en números romanos, como III de las de los corecurrentes no ha sido formulada por éstos como subsidiaria de las anteriores. Esto es, no se solicita la transmutación del vínculo jurídico o, en defecto de ello, cuando menos percibir las retribuciones que en aquella petición III se identifican, sino que se piden tales retribuciones a renglón seguido y como correlato o consecuencia necesaria de la previa petición de que se modifique su vínculo jurídico, de manera que si se rechaza lo previo debe rechazarse lo posterior".

Segundo.

La cuestión sometida a interés casacional en el ATS 4 de febrero de 2021 .

Hace mención a que la preparación de este recurso de casación es sustancialmente idéntica a la de otros recursos de casación ya vistos por la Sección de admisión, al coincidir las cuestiones jurídicas planteadas en el escrito de preparación y en la razón de decidir de la sentencia: recursos de casación 4641/2018 y 2495/2019, entre otros.

Por ello, entiende que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia las siguientes cuestiones:

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 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 afirmativa -inexistencia de abuso-, cuáles serían las consecuencias, laborales y/o económicas para los recurrentes 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 los 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).

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

Tercero.

El recurso de casación de doña Begoña y don Jose Francisco.

Alega vulneración de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, que proclaman como objetivos del mismo la estabilidad en el empleo y la interdicción del abuso en la relación temporal sucesiva con los empleados públicos, obligando a las autoridades nacionales a adoptar medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias al objeto de sancionar el abuso, en relación con los artículos 10 y 70 del 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.

Reproduce apartados de variada jurisprudencia sentada por el TJUE (sentencia 4.bis LOPJ) en sus sentencias de 4 de julio de 2006 (C-212/04); de 26 de noviembre de 2014 (C-22/13 y otros); autos de 11 de diciembre de 2014 (C-86/14); de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-16/15), de 25 de octubre de 2018 (C-331/17) y de 21 de noviembre de 2018 (C 619/17), sobre el concepto de abuso incompatible con la Directiva.

Añade que las tasas de reposición no son una excusa para que la Administración incumpla la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

Invoca asimismo la reciente STJUE de 11 de febrero de 2021 y la inexistencia en la legislación española de medidas sancionadoras acordes con la Directiva 1999/70/CE.

En cuanto al derecho a la carrera profesional horizontal, como condición de trabajo a la que debe aplicarse el principio de igualdad de trato de la Cláusula 4 del Acuerdo marco de la Directiva 1999/70, sostiene que es una cuestión ya resuelta por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 17 de noviembre de 2020 (recurso 4641/2018) y de 23 de febrero de 2021 (recurso 2495/2019) que casan sentencias idénticas o similares a la aquí impugnada, por lo que, en aras de la brevedad, se remite a lo ya manifestado por el Tribunal Supremo, de lo que reputa la necesaria estimación de esta casación en este punto.

Reitera la petición de cuestión prejudicial.

Cuarto.

La oposición del Gobierno de Canarias.

Señala que la sentencia recurrida en ningún momento considera que los recurrentes hayan desempeñado servicios de naturaleza provisional, puntual o excepcional, sino que la mera sucesión de nombramientos no puede identificarse de manera automática con fraude, ya que éste debe probarse y en este caso no se ha acreditado su existencia.

Arguye que ambos recurrentes permanecen en la relación de servicio en el momento en que interponen el recurso contencioso-administrativo, de modo que no accionan frente a la extinción de una relación de servicio que se considere fraudulenta, sino que la pretensión esgrimida es la de obtener un pronunciamiento declarativo de reconocimiento de la condición de personal fijo.

Por otro lado, no existe una pluralidad de interinajes encadenados, que por su reiteración o duración sea abusiva. En el caso de doña Begoña existió un nombramiento de interinidad de algo más de tres años y otro desde el 2002 y en el caso de don Jose Francisco, una única interinidad desde 2008.

Alega que el hecho de que los recurrentes vengan ocupando la misma plaza que tiene carácter estructural de plantilla, desempeñando las mismas funciones permanentes y ordinarias de la plaza que ocupan, no es ningún fraude, todo lo contrario, es la situación inherente y normal de cualquier persona que ocupa una plaza de manera interina, de conformidad con el artículo 9.2 de la Ley 55/2003 que dispone: "El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada."

Defiende que las plazas que ocupan los recurrentes de manera interina, son plazas que figuran en la plantilla orgánica de la Dirección Gerencia, por lo tanto, de las características señaladas en cuanto a la pertenencia a la estructura del SCS, sin que la trabajadora haya encadenado nombramientos por diferentes causas en la categoría profesional que ostenta.

En su nombramiento en vigor consta la causa objetiva del mismo (existencia de una plaza vacante), sin que se hayan producido sucesivos contratos temporales. Objeta que la Directiva 1999/70/CE no impone la obligación general de transformar los contratos temporales en fijos, y más en este caso, en el que no se ha producido un abuso de la contratación temporal, puesto que existe un único nombramiento.

Resalta que si algo deja claro la nueva doctrina del TJUE es que la solución es casuística, y debe resolverla el Juzgador caso por caso, a la luz de las circunstancias concurrentes, y que la solución no es la conversión de la naturaleza del vínculo en interino o en indefinido no fijo.

El caso de autos difiere del analizado en las sentencias del TJUE pues ninguno de los recurrentes, son temporales eventuales, sino que son interinos de 18 y 11 años, en la Administración Pública, lapso de tiempo en el

que además, y por contra de lo manifestado en el recurso de casación, sí se han ordenado y convocado los oportunos procedimientos selectivos.

Señala que a lo largo del recurso de casación se alegan hechos que no han resultado acreditados en la instancia y, por tanto, no se contemplan en la sentencia de instancia ni en la de apelación.

Así, por un lado, se alega que el Servicio Canario de Salud no celebra procesos selectivos para el ingreso como estatutarios fijos los últimos 21 años, desde el año 2000 al año 2021 -con la sola excepción de año 2010-, con incumplimiento del artículo 10.4 del EBEP, que obliga a que todas las plazas vacantes se incluyan en OPES todos los años (vid STS de 29/10/2010). Además de ser incierta dicha manifestación, es evidente que, a la hora de determinar la existencia de abuso o fraude en los nombramientos de los recurrentes, habrá que estar a la categoría profesional desempeñada por los mismos, y no a todas las categorías profesionales de personal estatutario del Servicio Canario de Salud.

Y por otro lado, se alega que los recurrentes accedieron a través de procesos selectivos que se celebraron con sujeción a los principios constitucionales de igualdad, publicidad y libre concurrencia, como ordena y manda desde el año 1978, los artículos 23 de la CE y el artículo 10.2 del EBEP.

Indica que ninguno de estos dos hechos han resultado acreditados por la parte actora, y además, no son ciertos.

Por una parte, los recurrentes no han superado ningún proceso selectivo para acceder a una plaza en el SCS ya sea fija o temporal, sino que ambos fueron llamados para prestar servicios en virtud de estar incluidos en unas listas de contratación temporal sin haber superado para ello ningún proceso selectivo.

Y por otra parte, el Servicio Canario de Salud sí ha procedido a convocar procesos selectivos en ese lapso de tiempo indicado por los recurrentes (de 2000 al 2021).

Así, en la categoría de Grupo Auxiliar Administrativo de la Función Administrativa, que es la que ostenta doña Begoña, se convocaron por Resolución de 23 de septiembre de 2014 de la Dirección General de Recursos Humanos del SCS, pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas básicas vacantes de la categoría de Grupo Auxiliar Administrativo de la Función Administrativa en los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud. Se convocaron un total de 614 plazas básicas vacantes del Grupo Auxiliar Administrativo de la Función Administrativa, adscritas a los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con el detalle que se especifica en el Anexo I de la Resolución (BOC n.º 186 de 25 de septiembre de 2014)

Procedimiento que finalizó por Resolución de 28 de noviembre de 2018, del Director, por la que se nombra personal estatutario fijo en la categoría de Grupo Auxiliar Administrativo de la Función Administrativa a los aspirantes que han superado el proceso selectivo (BOC 236 de 5 de diciembre de 2018).

De hecho, la propia recurrente doña Begoña participó en dicho procedimiento. De acuerdo con las bases de la convocatoria " La puntuación máxima de la fase de oposición será de sesenta puntos, siendo necesario para su superación una puntuación mínima de treinta puntos". Prueba que no superó ya que obtuvo una puntuación en el examen de 21.5342. Pese a ello, pasó a formar parte de las listas de empleo del Servicio Canario de Salud en la categoría de auxiliar administrativo, adscrita a la Dirección Gerencia del HUNSC, por Resolución de 5 de febrero de 2020, por la que se aprueba la lista de empleo correspondiente a la categoría profesional de Grupo Auxiliar Administrativo de la Función Administrativa en los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud. (BOC n.º 34 de 19 de febrero de 2020).

Por su parte, en relación con la categoría profesional de don Jose Francisco por la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria mediante la Resolución de 1 de junio de 2010, se convocaron pruebas selectivas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas básicas vacantes de la categoría de Facultativos Especialistas de Área adscritas a este órgano, a celebrar en el ámbito de esta Dirección Gerencia.

Don Jose Francisco se presentó a dicho procedimiento, y de acuerdo con las bases de la convocatoria " La puntuación máxima de la fase de oposición será de sesenta puntos, siendo necesario para su superación una puntuación mínima de treinta puntos", prueba que superó obteniendo 40.48 y aunque no obtuvo plaza pasó formar parte de las listas de empleo del Servicio Canario de Salud en la categoría FEA Medicina Nuclear, adscrita a la Dirección Gerencia del HUNSC.

Critica que la actora considere que su situación como interina es abusiva o fraudulenta y que por dicho motivo debe reconocerse la condición de fija, cuando, en primer lugar, lejos de causarle un perjuicio se ha visto beneficiada por dicha situación porque ha podido desempeñar un puesto de trabajo en la Administración con todos los derechos que le son inherentes sin que para ello haya superado un proceso selectivo, se ha mantenido y continúa en esa plaza interina al no haberse cubierto por personal fijo, y además el SCS ha procedido a convocar procesos selectivos para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, a los cuales se ha podido presentar la actora, y lo ha hecho, pero no los ha superado.

El reconocimiento de la fijeza sin someterse a las pruebas selectivas correspondientes supone una vulneración directa de los principios constitucionales de mérito y capacidad. Ninguna de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicadas en el recurso, ni las dictadas por Tribunales españoles reconocen la

adquisición del empleo fijo por el mero abuso en la sucesión de contratos temporales, ya que a lo sumo la solución dada a las situaciones de desviación o fraude es el mantenimiento del vínculo temporal hasta que la Administración cumpla con el mandato previsto en el artículo 9.3 del EM.

Quinto.

La doctrina del TJUE parcialmente invocada por la parte recurrente.

i) El apartado 65 de la STJUE de 22 de enero de 2020, asunto 177/2018, A. Baldonado Martín/Ayuntamiento de Madrid, cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

"65 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 151 TFUE y 153 TFUE y la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización al finalizar el contrato de trabajo."

ii) El apartado 93 de la STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/2019, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social.

"93 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada."

Pero además ha sentado

"79 A este respecto, procede recordar 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 (sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 118 y jurisprudencia citada). "

iii) La parte dispositiva de la STJUE de 2 de junio de 2021, asunto C-103/2019, suscitada por un Juzgado de lo Contencioso Administrativo, Sindicato Único de Sanidad e Higiene (SUSH) de la Comunidad de Madrid y Sindicato de Sanidad de Madrid de la Confederación General del Trabajo (CGT).

"1) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 y que figura en el anexo 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, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si medidas nacionales que prevén la reclasificación de un tipo de personal temporal, transformando los nombramientos de personal estatutario eventual en nombramientos de personal estatutario interino, y su posible consolidación en el empleo al término de procesos de selección destinados a proveer de manera definitiva los puestos ocupados provisionalmente por este último personal constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la sucesiva utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada, o medidas legales equivalentes, conforme a dicha disposición. Si aprecia que no es así, incumbe a ese órgano jurisdiccional comprobar si existen en la normativa nacional aplicable otras medidas efectivas para prevenir y sancionar tales abusos.

2) La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 y que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que reserva únicamente al personal estatutario eventual la facultad de obtener la transformación en personal estatutario interino, en el caso de que tal transformación constituya una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos como consecuencia de la sucesiva utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada, o una medida legal equivalente, conforme a dicha disposición, siempre que en el ordenamiento jurídico nacional existan otras medidas eficaces para prevenir y sancionar tales abusos respecto de los empleados públicos temporales que no tienen la condición de personal estatutario eventual, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional."

Sexto.

El marco fáctico en el caso de autos. La posición de la Sala. No procede el planteamiento de cuestión prejudicial.

Recuerda el Servicio Canario de Salud al oponerse al recurso de casación que la sentencia de instancia y posterior de apelación hacen constar que los recurrentes al interponer el recurso contencioso administrativo se encontraban desempeñando su actividad en la condición de interinos.

No estamos, pues, ante una impugnación de un cese en la actividad desempeñada como funcionario interino o eventual.

Bajo tal marco resulta improcedente la pretensión ejercitada, y desestimada en la instancia, de obtener un nombramiento de personal estatutario fijo dado el contenido del artículo 23 CE, sobre mérito y capacidad, (STS 17 de noviembre de 2020, casación 4641/2018) y la interpretación que sobre la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999 ha venido realizando el TJUE en las sentencias más arriba mencionadas.

No argumentan debidamente los recurrentes ante este Tribunal al formular tal pedimento que su pretensión sea necesaria para la resolución del pleito pues se limitaron en instancia, al igual que en sede casacional, a invocar la primacía de la aplicación del Derecho de la Unión Europea frente al interno y la filosofía de la Directiva 1999/70, omitiendo que ambos recurrentes se presentaron a pruebas selectivas que no superaron.

Séptimo.

La carrera horizontal.

Tiene razón la parte recurrente cuando invoca el contenido de la sentencia de 23 de febrero de 2021 (recurso casación 2495/2019) el cual ha sido reiterado en la sentencia 1011/2021, de 13 de julio (recurso de casación n.º 878/2020), en que, de forma más amplia, se ha dicho que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia reside, no en establecer si hay o no una discriminación en el acceso a la carrera profesional entre el personal estatutario interino y el personal estatutario eventual o sustituto, sino en declarar que es discriminatorio para el personal estatutario temporal eventual y sustituto en las circunstancias expuestas, su exclusión de dicho acceso, frente al personal fijo por no concurrir razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70/CE, que la justifiquen, como lo pone de manifiesto que se haya reconocido al personal estatutario temporal interino.

La razón de la anulación por la Sala de instancia fue que tal reconocimiento constituía una incongruencia ya que lo solicitado en el punto iii) del suplico era el abono de la retribución complementaria prevista para los empleados fijos en la Instrucción 1/16 y en la Instrucción 1/17 en las mismas cuantías que las percibidas por los homónimos empleados fijos con destino en el Servicio Canario de Salud y condenando a su abono en las mensualidades atrasadas no prescritas.

El Juzgado reconoció tal derecho al entender que el personal interino no debe ser discriminado en la percepción de retribución complementaria, aunque sin reconocer el pago automático de los periodos no prescritos, sino que exige una evaluación y someterse a la misma para reconocimiento de los diversos niveles de carrera profesional que es el sistema reglado de valoración de los funcionarios fijos. Pronunciamiento que se integra en el reconocimiento a la carrera horizontal.

Por ello, tal extremo debe ser estimado anulándose, en consecuencia, dicho pronunciamiento de la sentencia de apelación manteniéndose los razonamientos de la sentencia del Juzgado que había reconocido el derecho a la carrera horizontal en los términos expuestos en su fundamento quinto a que hemos hecho mención.

Octavo.

La desestimación del resto de las pretensiones.

En la reciente sentencia de 30 de noviembre de 2021 (recurso de casación 6302/2018) se ha reputado abusivo el encadenamiento de nombramientos como personal estatutario no fijo para cubrir necesidades que la Administración no ha mostrado que no fuesen permanentes. También se ha dicho que carece de fundamento la aplicación de la legislación laboral respecto de la relación estatutaria por lo que no procede convertir la relación de personal interino en indefinida. Y se añadió que el mero hecho de haber sido personal interino durante un periodo de tiempo mas o menos largo no implica automáticamente un daño.

Las circunstancias del caso de autos son diferentes pues no solo no ha habido cese de los recurrentes, sino que han sido convocadas oposiciones a las que han concurrido los recurrentes que, por razones varias, no obtuvieron plaza fija. Ello no ha sido óbice para que la Administración hiciera o mantuviera un nombramiento como interino. Constituye hecho notorio que las Administraciones consideran un mérito para integrarse en la bolsa de interinos el haber superado algún ejercicio de oposiciones.

Noveno.

Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En cuanto a las de instancia y a las de apelación, no ha lugar a imponer costas.

FALLO

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

Primero.

Estimar el recurso de casación núm. 4849/2019 interpuesto por doña Begoña y don Jose Francisco, contra la sentencia de 16 de abril de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación nº 56/2018, casamos y anulamos la sentencia de la Sala.

Segundo.

Confirmar la sentencia de 14 de diciembre de 2017, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de los de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento abreviado nº 197/2017, desestimando los recursos de apelación de los interesados y del Servicio Canario de Salud.

Tercero.

En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.