

Procedimiento Abreviado 59/17

## **AUTO**

En Pamplona, a veintiséis de enero de dos mil dieciocho

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En fecha 28 de febrero de 2017 se interpuso por el Procurador de los Tribunales Sr. Araiz Rodríguez, en nombre y representación de D. D. U. A., demanda de recurso contencioso administrativo contra la Orden Foral 168E/2016, de 23 de diciembre, del Consejero de Educación del Gobierno de Navarra, desestimatoria de recurso de alzada interpuesto frente a la desestimación por silencio administrativo de solicitud de reconocimiento y abono de la retribución correspondiente al grado, con efectos retroactivos de cuatro años.

SEGUNDO.- Tras otorgarse el preceptivo poder procesal a favor del Procurador la demanda se pudo admitir a trámite con decreto de 31 de marzo de 2017, dándose traslado a la parte demandada, acordándose recabar el expediente administrativo y emplazando a las partes para la celebración de juicio oral en el día 19 de diciembre de 2017.

TERCERO.- En el día indicado se celebró la vista oral, en la que la parte demandante ratificó su demanda y la parte demandada contestó oponiéndose e interesando la confirmación de la resolución administrativa impugnada.

CUARTO.- Con providencia de 8 de enero de 2018 se acordó la suspensión del plazo para dictar sentencia y se dio audiencia a las partes litigantes para manifestar lo que a su derecho conviniese con respecto de la posibilidad de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- El objeto litigioso.

**1.1** En el procedimiento judicial que nos ocupa se impugna una decisión de la Consejería de Educación del Gobierno de Navarra, denegatoria del abono del complemento retributivo del grado a un funcionario interino (en rigor en Navarra, "contratado administrativo").

**1.2** Tal y como consta en el expediente administrativo y en el procedimiento judicial, el Sr. D. U. A. es profesor que trabaja para el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra, prestando servicio en régimen de contratación administrativa, en distintos centros educativos, desde septiembre de 2007.

**1.3** En fecha 1 de julio de 2016 el Sr. D. U. A. solicitó ante el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra el reconocimiento y abono con efectos retroactivos del complemento retributivo del grado.

**1.4** Aquella solicitud no fue contestada por la Administración, lo que determinó su desestimación por silencio administrativo.

**1.5** Mediante escrito de 18 de octubre de 2016 el Sr. D. U.A. interpuso en vía administrativa recurso de alzada contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud, recurso que fue desestimado con la Orden Foral 168E/2016, de 23 de diciembre, del Consejero de Educación del Gobierno de Navarra, ahora recurrida judicialmente.

SEGUNDO.- Derecho nacional aplicable al asunto.

**2.1** Según el artículo 49.1.b) de la LORAFNA (Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, norma que aprueba y desarrolla el régimen autonómico foral de Navarra) la Comunidad Foral de Navarra ostenta, en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva para, entre otras materias, el "régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos".

**2.2** En desarrollo de tal competencia la Comunidad Foral de Navarra dictó el Decreto Foral Legislativo 251/1993, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

El artículo 3.1 del DFL 251/93 identifica tres diferentes categorías profesionales del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, al señalar que "el personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra estará integrada por: a) Los funcionarios públicos. b) El personal eventual. c) El personal contratado", siendo que dicho personal contratado puede serlo "en régimen administrativo o laboral", según el art. 3.4.

**2.3** El artículo 12 del DFL 251/93 determina que "los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra se integrarán, de acuerdo con la titulación requerida para su ingreso y las funciones que desempeñen, en los siguientes niveles:

Nivel A: Los funcionarios pertenecientes a este nivel desempeñarán actividades directivas o profesionales para cuyo ejercicio se requiera título universitario de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto.

Nivel B: Los funcionarios de este nivel, que deberán estar en posesión de los títulos de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o Formación Profesional de tercer grado, desarrollarán actividades de colaboración y apoyo a las funciones del nivel A y las profesionales propias de su titulación.

Nivel C: Los funcionarios de este nivel desempeñarán tareas de ejecución y deberán estar en posesión del título de Bachillerato, Formación Profesional de segundo grado o equivalente.

Nivel D: Los funcionarios de este nivel desarrollarán tareas auxiliares o análogas y deberán estar en posesión del título de Graduado Escolar, Formación Profesional de primer grado o equivalente.

Nivel E: Los funcionarios de este nivel desempeñarán tareas de asistencia subalterna y deberán estar en posesión del Certificado de Escolaridad o equivalente.

**2.4** Por su parte el artículo 13 determina que "1. Cada uno de los niveles a que se refiere el artículo anterior comprenderá siete grados.

2. Los funcionarios de nuevo ingreso quedarán encuadrados en el grado 1 del correspondiente nivel.

3. Los funcionarios podrán ascender gradualmente desde el grado 1 hasta el grado 7 de su respectivo nivel, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del presente Estatuto".

**2.5** Los artículos 14 y ss. del DFL 251/93 regulan la carrera administrativa, que consiste en "la promoción de los funcionarios de un determinado nivel de los definidos en el artículo 12 a los niveles superiores y en el ascenso de grado y categoría, dentro de cada nivel".

**2.6** El artículo 16 se ocupa en particular del grado, señalando lo siguiente:

"1. Los funcionarios podrán ascender sucesivamente desde el grado 1 hasta el grado 7 de su respectivo nivel, cualquiera que sea la especialidad de su titulación, formación o profesión.

2. El ascenso de grado se realizará anualmente en la siguiente forma: a) Será condición indispensable para el ascenso de grado la permanencia durante, al menos, dos años en el grado anterior. b) Ningún funcionario podrá permanecer más de ocho años en un mismo grado, con excepción de quienes hubiesen alcanzado el grado 7. c) Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, un 10 por 100 de los funcionarios de los grados 1 a 6, ambos inclusive, serán ascendidos, por orden de antigüedad, al grado inmediatamente superior. d) Previo concurso de méritos, que se realizará conforme a las disposiciones que se dicten reglamentariamente, podrán ascender al grado inmediatamente superior hasta un 10 por 100 de los funcionarios de los grados 1 a 6, ambos inclusive".

**2.7** Sin embargo la Disposición Transitoria Cuarta del propio DFL 251/93 suspende transitoriamente ese sistema de ascenso de grado del artículo 16, estableciendo:

"1. Con efectos del primero de enero de 1992 y hasta que se apruebe la normativa a que hace referencia el artículo 13 de la Ley Foral 5/1991, de 26 de febrero, de Presupuestos Generales de Navarra para 1991, sobre modificación del actual sistema de grado y antigüedad, queda suspendido transitoriamente el sistema de ascenso de grado establecido en el artículo 16 del presente Estatuto, que se realizará a partir de dicha fecha de forma independiente para cada funcionario, con arreglo a su propia antigüedad en el correspondiente grado según se determina a continuación: a) Los funcionarios de los grados 1 a 6, ambos inclusive, serán ascendidos automáticamente de grado, transcurridos 6 años y 7 meses de antigüedad en el grado inmediatamente inferior. b) La aplicación inicial de este nuevo sistema se realizará partiendo de la antigüedad que cada funcionario

tenga en el grado al 31 de diciembre de 1991. En caso de que, en dicha fecha, algún funcionario rebase los 6 años y 7 meses, la diferencia se le computará como antigüedad en el grado siguiente. El cálculo de dicha antigüedad y su repercusión económica tendrán carácter provisional hasta que no se resuelvan los recursos judiciales en el tema del quinquenio extraordinario.

2. Como consecuencia de lo establecido en el número anterior, a partir de dicha fecha y con el mismo carácter transitorio, en los supuestos de ascenso de nivel, dentro de la misma Administración, previstos en el artículo 17 del presente Estatuto, se mantendrán el grado y antigüedad en dicho grado que se tuvieran en el nivel desde el que se promociona”.

**2.8** El ascenso en el grado se materializa en la percepción de un complemento retributivo adicional, por cuanto el art. 40.2. del DFL 251/93 determina como retribuciones personales básicas de los funcionarios:

“a) El sueldo inicial del correspondiente nivel. b) La retribución correspondiente al grado. c) El premio de antigüedad.

Las retribuciones personales básicas constituyen un derecho adquirido inherente a la condición de funcionario”.

Por su parte el artículo 42 fija un cuadro con los porcentajes sobre el sueldo inicial del nivel respectivo que implica cada grado:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17.2, la retribución correspondiente al grado consistirá en el siguiente porcentaje del sueldo inicial del nivel respectivo:

| Grado | %                |
|-------|------------------|
| 7     | 54               |
| 6     | 45               |
| 5     | 36               |
| 4     | 27               |
| 3     | 18               |
| 2     | 9                |
| 1     | Sin retribución” |

**2.9** El DFL 251/93 también regula el régimen jurídico del personal contratado, no funcionario, señalando el artículo

93 que "el personal contratado en régimen administrativo se registrará por las disposiciones que se dicten reglamentariamente y por lo establecido en el correspondiente contrato".

**2.10** Ese desarrollo reglamentario del régimen de los contratados administrativos se encuentra en el Decreto Foral 68/2009, que regula la contratación de personal en régimen administrativo en las Administraciones Públicas de Navarra.

En lo relativo a las retribuciones de dicho personal contratado administrativo el artículo 11 del DF 68/2009 dispone en la actualidad lo siguiente: "el personal contratado en régimen administrativo percibirá las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupe o función que desempeñe, el premio de antigüedad y la ayuda familiar. Se excluye el grado, como retribución personal básica inherente a la condición del personal funcionario". Este tenor literal se corresponde con una reciente reforma operada mediante Decreto Foral 21/2017, de 29 de marzo, el cual ha pasado a reconocer expresamente al personal contratado en régimen administrativo la retribución de la ayuda familiar. Con anterioridad a dicha reforma el art. 11 establecía lo siguiente: "El personal contratado en régimen administrativo percibirá las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que ocupe o función que desempeñe y el premio de antigüedad en los términos previstos en este Decreto Foral. Se excluyen las retribuciones inherentes a la condición del personal funcionario, como son el grado y la ayuda familiar". En cualquier caso ambos tenores literales excluyen expresamente el reconocimiento del complemento retributivo del grado a los contratados administrativos.

TERCERO.- Derecho de la Unión.

**3.1** La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, aprueba el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada. Dicho Acuerdo tiene por objeto, según su Cláusula 1, "a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada".

**3.2** La Cláusula 3 del Acuerdo define al trabajador con contrato de duración determinada como "el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los

que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado"; y por otro lado define al trabajador con contrato de duración indefinida comparable como "un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales".

**3.3** Por su parte la Cláusula 4 del Acuerdo aprobado con la Directiva regula el principio de no discriminación estableciendo que:

"1. 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 comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*.

3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.

4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas".

CUARTO.- Motivos para el planteamiento de la cuestión prejudicial.

**4.1** El objeto del presente procedimiento judicial es el de enjuiciar la conformidad o disconformidad a Derecho de la decisión administrativa de denegar el reconocimiento y abono del complemento retributivo del grado a un miembro

del personal de la Administración pública de Navarra que no ostenta la condición de funcionario sino la de contratado administrativo, por tanto con una duración determinada en su relación laboral con la Administración.

**4.2** Como ha quedado visto, actualmente el régimen legal vigente en Navarra, en virtud de lo que determina la Disposición Transitoria Cuarta del propio DFL 251/93, fija como único condicionante para ese reconocimiento y abono del complemento retributivo del grado el hecho de acumular 6 años y 7 meses de antigüedad en el grado inmediatamente anterior. Es decir, el ascenso de grado se produce actualmente por el mero transcurso del tiempo, y ello además "automáticamente" según dicta la norma.

**4.3** Sin embargo, el grado se configura en la ley como uno de los mecanismos a través de los cuales se articula la promoción de la carrera administrativa, carrera administrativa que únicamente se reconoce en la norma como propia de los funcionarios, y no del resto de personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

De este modo el art. 11 del Decreto Foral 68/2009 antes visto niega expresamente al personal contratado administrativo la percepción, de entre las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, del complemento del grado, y ello por razón de identificarlo como una "retribución personal básica inherente a la condición del personal funcionario".

**4.4** Con lo anterior surge la necesidad de esclarecer si tal denegación de ese complemento retributivo al personal contratado administrativo, por razón de identificarlo como una retribución exclusiva y propia del desarrollo de una carrera profesional funcionarial, resulta compatible o no con el principio de no discriminación consagrado en la Cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, aprobado con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

Y ello por cuanto el demandante Sr. D. U. A. , contratado administrativo, cumple por igual el requisito objetivo de acumular 6 años y 7 meses en el desempeño de su función laboral para la Administración, pero no cumple el requisito subjetivo de ostentar la condición de funcionario y desarrollar con ello una carrera administrativa profesional.

**4.5** La línea jurisprudencial seguida en los últimos años por el TJUE es bastante clara y viene determinando que la comparabilidad entre el trabajador fijo y el de duración

determinada, y la igualdad de trato a recibir por los mismos, ha de atender a la naturaleza de las funciones desempeñadas. Y lo cierto es que en el caso que nos ocupa no existe ninguna diferencia, reserva o exclusión entre las funciones y servicios que presta un profesor funcionario y los que presta un profesor contratado administrativo, como tampoco hay diferencia en sus obligaciones profesionales. Y tampoco existe diferencia alguna en el cumplimiento del requisito de base para la obtención del complemento retributivo del grado: la prestación de servicios durante seis años y siete meses.

El TJUE ha afirmado reiteradamente que la mera previsión normativa no constituye una razón objetiva que justifique el trato menos favorable para el trabajador de duración determinada (SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 -caso A -; de 22 de diciembre de 2010 -caso B -; ó de 8 de septiembre de 2011 - caso C-). Igualmente ha descartado que el diferente sistema de acceso al desempeño del empleo público pueda constituir una causa justificada para el diferente trato (SSTJUE de 8 de septiembre de 2011 -caso C - y de 18 de octubre de 2012 -caso D-). Asimismo, el TJUE ha descartado que el trato menos favorable pueda quedar amparado en la pertenencia a una determinada categoría profesional (Auto TJUE de 18 de marzo de 2011 -E-; Auto TJUE de 9 de febrero de 2012 -caso F-; y Auto TJUE de 21 de septiembre de 2016 -caso G-).

**4.6** No obstante lo anterior, lo cierto es que no existe ningún pronunciamiento relativo a la normativa navarra y al complemento retributivo del grado en particular, como tampoco un pronunciamiento con respecto de si naturaleza y finalidad de dicho complemento constituye o no razón objetiva que justifica el trato menos favorable para el contratado administrativo. La norma reconoce una carrera administrativa exclusivamente para los trabajadores fijos funcionarios, y la finalidad del complemento de grado es la de retribuir la promoción, evolución y desarrollo de dicha carrera profesional. Por tanto resulta necesario conocer si el trato menos favorable para el contratado administrativo puede quedar o no justificado en la finalidad en sí de retribuir ese desarrollo de una carrera profesional que es exclusiva de los trabajadores fijos funcionarios, aun cuando el requisito para evolucionar en esa carrera profesional (llevar 6 años y 7 meses en el cargo) se cumpla igualmente por el contratado administrativo.

QUINTO.- Planteamiento de la cuestión. Posición de las partes al respecto

**5.1** En virtud de los artículos 19.3.B del Tratado de la Unión Europea y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Derecho de la Unión y sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. La remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este Derecho sean uniformes en la Unión.

**5.2** Entiendo necesario elevar la cuestión prejudicial al TJUE a fin de aclarar el alcance del principio de no discriminación de la Cláusula 4 del Acuerdo aprobado con la Directiva 1999/70/CE con respecto de las singularidades propias de la naturaleza del complemento retributivo del grado, propio de la normativa foral navarra, y con respecto de la posibilidad de que la finalidad retributiva del mismo pueda o no constituir causa objetiva justificada de trato diferenciado.

Ha de tenerse en cuenta, además, el hecho de que la sentencia que se dicte en el presente procedimiento no resulta susceptible de recurso de apelación, lo que refuerza la obligatoriedad del planteamiento de la cuestión y la conveniencia por razón de prudencia de elevar la misma.

**5.3** La parte demandante se ha mostrado conforme con el planteamiento de cuestión prejudicial, considerando que la jurisprudencia ya dictada en los últimos años por el TJUE es clara al respecto y va encaminada a proscribir la discriminación del empleado, también público, con contrato de duración determinada en todas sus condiciones profesionales, y no sólo en los aspectos retributivos por antigüedad.

**5.4** Por su parte el Gobierno de Navarra estima innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial considerando que no existe ninguna discriminación para el personal contratado administrativo con la denegación al mismo del complemento del grado, al concurrir a su entender causas objetivas que así lo justifican, y al considerar que el Acuerdo marco aprobado en la Directiva 1999/70/CE no abarca, según sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, las diferencias de trato entre categorías de personal con contrato de duración determinada que no se basan en la

duración determinada o indefinida de la relación sino en su carácter funcional o laboral.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

ACUERDO plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

1.- La Cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada aprobado con la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma regional, como la controvertida en el pleito principal, que excluye expresamente el reconocimiento y abono de un determinado complemento retributivo al personal de las Administraciones Públicas de Navarra con la categoría de "contratado administrativo" -con contrato de duración determinada- por razón de constituir dicho complemento una retribución de la promoción y desarrollo de una carrera profesional propia y exclusiva del personal con categoría de "funcionario público" -con contrato de duración indefinida-?

Acuerdo la suspensión del presente procedimiento hasta que quede resuelta la cuestión prejudicial anterior planteada al TJUE.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la "*Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925 Luxemburgo*", y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -Fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Notifíquese este auto a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Así lo acuerdo, mando y firmo; Daniel Rodríguez Antúnez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Pamplona.