



Roj: **STSJ M 5431/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:5431**

Id Cendoj: **28079330082019100195**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **138/2019**

Nº de Resolución: **352/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA DOLORES GALINDO GIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Octava** C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010280

**NIG:** 28.079.00.3-2017/0012450

**Recurso de Apelación 138/2019-X-01**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN OCTAVA**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 138/2019**

**S E N T E N C I A Nº 352/2019**

**Ilmos/as Sres/as:**

**Presidenta:**

D<sup>a</sup> Amparo Guilló Sánchez Galiano

**Magistrados/as:**

Don Rafael Botella García Lastra

Doña Juana Patricia Rivas Moreno

Doña María Dolores Galindo Gil

En Madrid, a veintiocho de junio dos mil diecinueve.

**VISTO** por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Recurso de Apelación que con el número 138/2019, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Melchor Oruña, en nombre y representación de **doña Patricia** , frente a la sentencia número 259/2018, de 19 de octubre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 21 de Madrid , en autos de procedimiento abreviado número 338/2017, seguido a instancias de doña Patricia , contra la Comunidad de Madrid.

Ha sido parte apelada **la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda** representada y dirigida por el Letrado de los Servicios Jurídicos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- En fecha 19 de octubre de 2018, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 21 de Madrid y en el procedimiento abreviado número 338/2017, se dictó sentencia número 259/2018, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal,

*"Que desestimando el recurso contencioso-administrativo formulado por el Procurador D. Ignacio Melchor Oruña en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Patricia , contra la Orden de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, de 7 de abril de 2017, por la que se cesó a la actora como funcionaria interina en el puesto n<sup>o</sup> NUM000 que venía ocupando como Técnico de Grado Medio, en la Dirección General de Servicio Público de Empleo (O.E. Sn Sebastián de los Reyes) debo declarar y declaro dicho acto conforme a Derecho; todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora."*

**SEGUNDO** .- Notificada la anterior resolución a las partes, se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación que, tras ser admitido a trámite, se sustancio conforme a las prescripciones legales ante el Juzgado del que se viene haciendo mención, elevándose las actuaciones a esta Sala y quedando registradas en fecha 8 de febrero de 2019.

**TERCERO** .- Recibidas las actuaciones en esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se acordó formar el presente rollo de apelación y dar a los autos el tramite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa .

A continuación, en el presente recurso se señaló para la votación y fallo la audiencia del día 26 de junio de 2019, fecha en la que tuvo lugar.

**Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña María Dolores Galindo Gil.**

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO** .- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia número 259/2018, de 19 de octubre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 21 de Madrid , en autos de procedimiento abreviado número 338/2017, que desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por doña Patricia contra la Orden de 7 de abril de 2017 de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se le cesa en su condición de funcionaria interina, en el puesto número NUM000 que venía ocupando como Técnico de Grado Medio, en la Dirección General de Servicio Público de Empleo (O.E. San Sebastián de los Reyes).

**SEGUNDO** .- La juzgadora a quo estudia conjuntamente los siguientes motivos de impugnación,

- Abuso y fraude en la contratación como funcionaria interina, con infracción de la cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada, con invocación de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, toda vez que la Administración demandada habría abusado de la relación temporal sucesiva ya que más del 70 por ciento de las plazas del Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas, Escala de Gestión de Empleo, de Administración Especial, Grupo A, Subgrupo A2 de la Comunidad de Madrid, en el lapso temporal de diez años, han sido proveídas con nombramientos interinos.

- Su cese viene motivado por la incorporación al puesto de trabajo de funcionario de carrera, según Orden de 14 de marzo de 2017 de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se nombraron funcionarios de carrera del Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas, Escala de Gestión de Empleo, de Administración General, Grupo A, Subgrupo A2 de la Comunidad de Madrid que culmina la convocatoria de pruebas selectivas para ingreso en el mencionado Cuerpo, aprobada por Orden 899/2014, de 28 de abril de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía de la Comunidad de Madrid que, a su vez, fue anulada por la sentencia número 671/2015, de 11 de noviembre, dictada por la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso - Administrativo (procedimiento ordinario número 856/2014).

En relación con los mencionados aspectos del debate procesal, trae a colación la sentencia número 482/2018, de 04/07/2018, dictada por la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, resolviendo recurso de apelación número 11/2018 , según la cual, de un lado, la Orden de convocatoria ha estado y sigue vigente hasta que, en su caso, quede firme la sentencia que la ha declarado nula - habida cuenta que fue interpuesto recurso de casación por la representación procesal de la Comunidad de Madrid - o hasta que se suspenda su eficacia en resolución cautelar.

Y de otro, razona que tanto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea DE DIEGO PORRAS de 14 de septiembre de 2016 que estableció el derecho de los trabajadores interinos a la misma indemnización que los temporales al cese, como la sentencia MONTERO MATEOS de 5 de junio de 2018 que cambió el criterio anterior, se dictaron sobre el supuesto de tratarse de trabajadores laborales. No conteniendo pronunciamiento



sobre trabajadores en régimen estatutario; ni sobre fijeza en la relación de servicios como es lo que se plantea en este caso (Fundamento de Derecho Octavo).

La sentencia apelada, considera que la Orden de cese de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, datada el 7 de abril de 2017, con efectos desde el día 24 de marzo de 2017, no contraviene las previsiones del artículo 10, apartados 1 y 3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, sobre la base de que el nombramiento de la actora en el año 2006, por un periodo de 11 años, tenía por finalidad la cobertura de necesidades permanentes o estructurales inherentes a la prestación regular y ordinaria del servicio, toda vez que el objeto del recurso contencioso-administrativo estaba definido por aquella Orden de cese, habida cuenta el carácter revisor de la presente jurisdicción.

En sus fundamentos de derecho Tercero y Cuarto, aborda, en primer lugar, la pretensión subsidiaria consistente en que se declare su condición de empleada indefinida no fija, con inmediata reincorporación y mantenimiento en su puesto de trabajo. Y ello, con la finalidad de dar debido cumplimiento a las Clausulas 4 y 5 del Acuerdo Marco.

Así mismo, plantea pretensión de condena a la Administración demandada a abonarle una indemnización por la cesación indebida, consistente en 45 días de retribuciones percibidas por año de servicio, con el máximo de 42 mensualidades o, subsidiariamente, la cantidad de 20 días de salario por año trabajado hasta doce mensualidades.

Ambas pretensiones han sido desestimadas con fundamento en la sentencia número 1426/2018, de 26/09/2018, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recurso de casación número 1305/2017), en interpretación de la reciente sentencia de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 (entre Florentina Martínez Andrés y Servicio Vasco de Salud -asunto C-184/15-, y entre Guillermo y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz -asunto C-197/15-).

Para finalizar, aborda la pretensión actora de planteamiento de sendas cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de las Clausulas 4 y 5 del Acuerdo Marco integrado en la Directiva 1999/70/CEE, de 28 de junio, para desestimarla, con fundamento en las previsiones del "(...) artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hecho en Roma, el día 25 de marzo de 1957, según el cual, el órgano judicial no está obligado a someter las cuestiones planteadas al TJUE, al ser susceptible la resolución de ulterior recurso judicial, y no se estima necesario el planteamiento al haber sido objeto de decisiones por dicho Tribunal otras cuestiones similares." (Fundamento de Derecho Cuarto).

**TERCERO.** - Se alza la recurrente ante esta Sala y Sección, reprochando de la sentencia objeto del presente recurso de apelación, las infracciones consistentes en falta de motivación y ausencia de valoración de la actividad probatoria.

La juzgadora de instancia no habría valorado, a diferencia de los pronunciamientos de otros juzgados de lo contencioso-administrativo de Madrid sobre la misma cuestión litigiosa y supuesto de hecho, de un lado que todos los puestos de trabajo creados en el Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas/Escala Gestión de Empleo, con la excepción de la convocatoria pública celebrada en el año 2006, fueron objeto de nombramientos interinos, de modo que el ratio de funcionarios de carrera/funcionarios interinos, ha sido de 1/2,5 permaneciendo 42 puestos vacantes sin cubrir ni por funcionario de carrera, ni interino, es decir, que un 28 por ciento de los puestos se habrían venido cubriendo por funcionarios de carrera y un 72 por ciento por funcionarios interinos, durante 11 años.

El extremo adicional no valorado en la primera instancia es que el servicio prestado se presume de carácter estructural y por tanto, no excepcional, urgente y provisional, siendo así que el artículo 10.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, emplea aquellas características para definir qué haya de entenderse por funcionario interino.

En particular, cita las sentencias número 59/2018 y de fecha 28 de marzo de 2018, dictadas, respectivamente, por los juzgados de lo contencioso-administrativo números 32 y 23 de Madrid que, si bien, desestiman los recursos contencioso-administrativos interpuestos por funcionarios interinos del Servicio de Empleo de la Comunidad de Madrid, en idéntica situación a la apelante, declaran que el encadenamiento de contratos de todo tipo y naturaleza, podría llegar a considerarse un vínculo estructural y un abuso del empleo precario para la cobertura de necesidades que no tienen tal consideración.

Trae a colación, la Carta de la Comisión Europea de fecha 26 de marzo de 2015, dirigida al Ministerio de Asuntos Exteriores de España, que ya aportara en la primera instancia como documento 5 de los adjuntos con el escrito de demanda, de la que resultaría que se ha iniciado un procedimiento de infracción contra el Gobierno de



España, ya que en relación con los funcionarios interinos españoles, *"España ha incumplido las obligaciones que le corresponden con arreglo a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco, anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada."*

En relación con las restantes cuestiones, parte del presupuesto de considerar de plena de aplicación al supuesto de autos, el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada adoptado por la organizaciones interprofesionales de carácter general CES, UNICE y CEEP, en particular la Cláusula 5, toda vez que la apelante ha realizado las mismas funciones que los funcionarios de carrera, con el mismo contenido de tareas, cometidos y responsabilidades, durante un periodo ininterrumpido de 12 años en los Servicios de Empleo de la Comunidad de Madrid.

Denuncia que la sentencia carece de motivación sobre la concreta cuestión de la aplicabilidad al supuesto de autos de la doctrina del TJUE sobre la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, así como, el correspondiente razonamiento sobre la infracción de los artículos 10.1 ; 10.4 y 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Reprocha de la sentencia de primera instancia,

- No efectuar pronunciamiento sobre la eventual infracción de la Cláusula 5 antes mencionada;
- No cumple el estándar de motivación que exige el artículo 120 C.E ya que no contiene razonamiento alguno acerca de las siguientes cuestiones: inaplicabilidad al supuesto de autos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco; denegación de la pretensión de planteamiento de cuestión prejudicial en los términos interesados; desestimación de los motivos fundados en la infracción de los preceptos de derecho nacional invocados en su escrito de demanda.
- No ha tenido en cuenta las circunstancias del caso concreto;
- Inadecuada invocación de la sentencia número 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación número 1305/2017).

Y ello porque es citada para desestimar las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, cuando su apelación por la recurrente ha sido para establecer una interpretación correcta del artículo 70.3 del EBEP.

Con relación a la denuncia de infracción del deber de valoración de la prueba practicada alega,

La sentencia de primera instancia no contiene una mínima valoración razonada de los datos y elementos de prueba acreditativos de los porcentajes de interinidad, ni de la identidad de las funciones realizadas por la recurrente/apelante respecto de los funcionarios de carrera, lo cual estima imprescindible ya que, en la documental aportada, quedaba acreditado, de modo no impugnado por la Administración demandada su prestación de servicios durante 11 años como funcionario interina, en el puesto de trabajo litigioso, la identidad de funciones desempeñadas respecto de los funcionarios de carrera y la altísima tasa de interinidad en dicho Servicio de Empleo en la Comunidad de Madrid (páginas 42 a 45 del completo de expediente administrativo).

En definitiva, la juzgadora a quo no habría plasmado en su sentencia las razones que ha tenido en cuenta para concluir que, en el ordenamiento jurídico interno, existen medidas disuasorias o sancionadoras que permiten dar cumplimiento a lo exigido por la mencionada Clausula 5, en evitación de que la administración pública incurra en un uso abusivo del empleo temporal, cuando la relación laboral está sujeta al Derecho Administrativo.

Dicho esto, reitera los diversos motivos de impugnación que hizo valer en su escrito de demanda, en concreto,

#### **1. Infracción de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/1970 .**

Como antecedente necesario expone que ha sido objeto de una utilización abusiva por la Administración autonómica, *"de los contratos de trabajo de duración determinada sucesivos y ello resulta de la propia duración de la figura del recurrente, más de 11 años (...)"*, pagina 17 de su escrito de interposición de recurso de apelación.

Pese a ello, reprocha de la juzgadora a quo que no haya hecho alusión a medida alguna disuasoria y sancionadora de dicho abuso, dentro de la normativa nacional o jurisprudencia, a diferencia de otros pronunciamiento, citando, expresamente, el Auto de fecha 30 de enero de 2018 (P.A 193/2017) dictador por el juzgado de lo contencioso-administrativo número 8 de Madrid .

Alerta de la inexistencia de normativa estatal o autonómica, en materia de empleo público para los funcionarios interinos, que contenga efectivas medidas disuasorias y/o sancionadoras de la utilización abusiva del empleo temporal que, a juicio de la apelante, se traduciría en el hecho de que durante 11 años haya venido desarrollando idénticas funciones que los funcionarios de carrera, estando sujeta a los mismos deberes y exigencia de responsabilidades, para ser cesada libremente a coste cero para la Administración pública madrileña, habida



cuenta la situación endémica y extrema que sucedido con los puestos de trabajo a cubrir por funcionarios públicos del Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas de la Administración Especial del Grupo B - actual SubgrupoA2 - escala de Gestión de Empleo.

En este orden de cuestiones, considera que la extinción del nombramiento como funcionarios interinos, por la cobertura de los puestos de trabajo ocupados por un funcionario de carrera o la amortización del mismo, son causas que *"...carecen de efecto disuasorio, sino todo lo contrario."* pagina 24 de su escrito de interposición de recurso de apelación.

Propone como única medida de tal naturaleza, su reincorporación al puesto de trabajo acordada por sentencia, previa declaración de nulidad de la orden de cese, lo que no infringiría los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE, *"ya que los recurrentes accedieron a la condición de interinos a través de un concurso de méritos que también respetan dichos principios frente a lo que sostiene la Sentencia en su FD Tercero, párrafo tercero."* (Página 25).

Sustenta la procedencia de tal medida en el principio de equivalencia, que impide que unos trabajadores sean tratados de modo menos favorable que otros en un Estado miembro y del principio de efectividad, de conformidad con los cuales, los estados miembros no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, a tal efecto cita diversas sentencias del TJUE, en concreto, la de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, apartado 105, Caso Constantinos Adeneler y otros.

Por ello considera que lo procedente es el reconocimiento estatutario de la apelante como empleado público fijo, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los titulares o de carrera, también en cuanto a las causas y procedimientos aplicables para su nombramiento y cese en sus puestos de trabajo, desde la fecha en que debería habersele reconocido tal estabilidad en el empleo en aplicación de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo Marco y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con carácter indefinido, con los mismos derechos que el funcionario de carrera.

Por ello también considera procedente que se atienda a las pretensiones indemnizatorias que se hicieron valer en el escrito de demanda ya que representan un mínima medida disuasoria y sancionadora del recurso abusivo a una forma de empleo público fraudulenta, a riesgo, en caso contrario, de provocar un tratamiento discriminatorio en las condiciones de trabajo, con la subsiguiente infracción de la Cláusula Cuarta del Acuerdo Marco.

## **2.- Infracción de los artículos 10.4 ; 70 y disposición transitoria Cuarta del EBEP**

Reprocha a la Administración autonómica, como exige el primero de los preceptos indicados, no haber incluido los puestos de trabajo desempeñados por funcionarios interinos en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produjeron sus nombramientos, ni tampoco en la siguiente, ni haber acordado su amortización. Así quedaría demostrado al incluir en la convocatoria aprobada por la Orden 899/2014, de 28 de abril, el puesto de trabajo litigioso.

Considera que la infracción indicada asocia la nulidad de pleno derecho de la oferta tardía de las plazas cubierta por interinos, citando una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 .

Y, una vez agotado el plazo que se indica, debió convocar un proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal, de los previstos en la disposición transitoria Cuarta del EBEP .

Añade que el artículo 70 del texto legal citado exige, expresamente, que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar, deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, invocando la sentencia número 671/2015, de 11 de noviembre, dictada por la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso -Administrativo (procedimiento ordinario número 856/2014).

## **3.- Incorrecta motivación en la justificación del no planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada , respecto de la cuarta cuestión prejudicial.**

Con invocación de la doctrina Mascolo, la decisión de los litigios en que se invoca la vulneración de la Cláusula 5 ha de descansar, no solo en consideraciones de índole general sino, ante todo, en las circunstancias concretas y singulares que caractericen la actividad de que se trata y en la forma o modo en que la normativa nacional haya llegado a prever la utilización sucesiva de contratos o relaciones labores de duración determinada.

## **4.- Incorrecta motivación en la justificación del no planteamiento de la cuestión prejudicial solicitada respecto de las primera, segunda, tercera, quinta y sexta cuestiones prejudiciales planteadas.**



Lo sustenta en idéntico razonamiento, instando de esta Sala y Sección su planteamiento de nuevo, entendiendo, además, que ni tan siquiera han sido razonadas.

Como prueba de la inexistencia de un acto claro cita,

- Carta de Emplazamiento-Infracción número NUM002 , firmada por la Comisión Europea y dirigida al Ministerio de Asuntos Exteriores, de fecha 26 de marzo de 2015;

- Resolución de 1 de abril de 2016 de la Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, recaída en expediente EU-PILOT NUM001 , sobre "compatibilidad de la legislación nacional y las prácticas nacionales con las Clausulas 4 y 5 del Acuerdo Marco.

- Planteamiento de numerosas y recientes cuestiones prejudiciales por determinados órganos jurisdiccionales españoles en supuestos semejantes o equiparables al que ha motivado la presentación del recurso contencioso-administrativo.

Finaliza suplicando de la Sala que, con estimación del presente recurso de apelación, revoque la sentencia de instancia, *"(...) reponiéndola por otra que estime la demanda de mis representados, con los demás pronunciamientos inherentes con expresa imposición de condena en costas a la Comunidad de Madrid, planteando las cuestiones prejudiciales interesadas."*

**CUARTO.** - Por su parte la Comunidad de Madrid, presenta escrito de oposición al recurso de apelación.

Como premisa recuerda que el objeto del recurso contencioso-administrativo viene integrado por la Orden de 7 de abril de 2017, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda que acuerda el cese de la apelante como funcionaria interina en el puesto de trabajo que hemos dejado identificado previamente, considerando que es a dicho acto administrativo al que ha de contraerse los motivos de impugnación.

Considera ajustado a Derecho el cese acordado por fundarse en causa legal prevista en el artículo 10.3 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público , como expresamente menciona la Orden indicada.

Es por ello que entiende que no cabría apreciar tacha de ilegalidad en la sentencia recurrida cuando confirma la legalidad del cese impugnado.

En relación con la alegación de fraude de ley en la contratación de la recurrente/apelante, en su condición de funcionario interino, afirma que para su nombramiento en el puesto de trabajo en que ha venido desempeñando sus funciones hasta su cese, se dictó la correspondiente Orden que ni es objeto del recurso contencioso-administrativo, ni ha sido impugnada por la parte, por lo que dicho nombramiento debe reputarse acto firme y consentido.

Sin perjuicio de lo anterior niega la existencia de contratación abusiva toda vez que el nombramiento como funcionaria interina, responde al ejercicio de una previsión legal, contemplada en la normativa de función pública estatal y autonómica, citando, a tal efecto, el artículo 10.1 del TREBEP.

Se opone a la pretensión de reconocimiento judicial de la condición de personal indefinido no fijo, por un doble orden de razones. Se trata de una construcción jurisprudencial exclusiva del orden social. De accederse a ella, se permitiría el acceso a la función pública con reconocimiento de los principios de mérito y capacidad previstos en el artículo 103.3 C.E y conllevaría la recreación de una nueva categoría de personal público, no prevista en el artículo 8 del TREBEP.

En otro orden de cuestiones, niega que haya mediado discriminación, por lo que debería ser, asimismo, desestimada la pretensión actora de reconocimiento del derecho al abono de indemnización con causa en el acuerdo de cese, siendo así que el término de comparación, en su condición de funcionaria interina, debe ser un funcionario de carrera y no el personal laboral.

En relación con ello, trae a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16-15 Pérez López) y la sentencia de fecha 26 de junio de 2017, dictada por la Sección Séptima de esta Sala de lo Contencioso -Administrativo.

Asimismo, y resolviendo recursos de apelación planteados en análogos términos al presente cita las sentencias dictadas por aquella Sección Séptima, de fechas 18 de julio , 14 de septiembre y 5 de octubre de 2018 , dictadas, respectivamente, en los siguientes recursos de apelación, número 187/2018 ; 25/2018 y 10/2018 .

Respecto de la incidencia que haya de tener la sentencia número 671/2015, de 11 de noviembre (procedimiento ordinario número 85672014), dictada por la Sección Séptima, anulando la Orden 899/2014, de 28 de abril, que aprueba la convocatoria para cobertura por funcionario de carrera de, entre otros, el puesto de trabajo ocupado por la apelante, trae a colación la sentencia de 9 de febrero de 2018, de la misma Sección que, asimismo,



emplea para combatir el argumento impugnatorio de contravención de lo establecido en el artículo 70.1 del EBEP .

Para finalizar, se opone a la pretensión de planteamiento de las cuestiones prejudiciales, citando la sentencia Cilfit 6-10-82, dictada por el TJUE en cuanto remite al juez nacional la apreciación de la procedencia de llevar a cabo tal planteamiento.

Asimismo, trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 99/2015, de 25 de mayo en cuanto admite la motivación implícita del no planteamiento de aquellas, sin vulneración de los derechos garantizados por el artículo 24.1 C.E, evidenciando la sentencia apelada que el órgano a quo no alberga dudas sobre la procedencia de aplicar el artículo 10.3 del TREBEP y su ausencia de contradicción con el derecho europeo.

Por todo lo expuesto, suplica de la Sala la desestimación del presente recurso de apelación.

**QUINTO** .- Según el primero de los motivos de apelación, la sentencia de primera instancia, adolecería de defecto de motivación, por incurrir en incongruencia omisiva, esto es, por vulneración de las previsiones de los artículos 33 y 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ausencia de pronunciamiento sobre los extremos que hemos dejado consignados en el fundamento jurídico Tercero.

Resulta adecuado traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional, formulada respecto del significado y alcance del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, expuesta en la sentencia 30/2007, de 12 de febrero, que se reitera, sustancialmente, en las sentencias 53/2009, de 23 de febrero, 83/2009, de 25 de marzo, 24/2010, de 27 de abril, 25/2012, de 27 de febrero y 2/2013, de 14 de enero, según la cual,

*"En particular, respecto de la congruencia de las resoluciones judiciales, y a salvo las singularidades del ámbito penal, desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, venimos recordando que la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la Sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida.*

*Siendo ello así, la incongruencia procesal puede revestir tres modalidades.*

*Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o ex silencio que tendrá lugar "cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución" ( SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 y 85/ 2006, de 27 de marzo , FJ 5). La denominada incongruencia extra petitum se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae "sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción" ( SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2 ; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3 y 116/2006, de 24 de abril , FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta" ( SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4 ; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3 y 152/2006, de 22 de mayo , FJ 5)."*

En directa relación con lo expuesto, en la sentencia constitucional 204/2009, de 23 de noviembre, se delimitan los presupuestos de vulneración del principio de congruencia, distinguiendo entre lo que son pretensiones y alegaciones de orden sustancial deducidas por las partes, de los argumentos no relevantes planteados, en los siguientes términos,

*" En lo que ahora interesa la reciente STC 73/2009, de 23 de marzo , resume esta doctrina señalando que "el vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre , FJ 4 b).*



La exposición de esta conocida doctrina exige reiterar la precisión de que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales, pues, tal como recordábamos en la STC 85/2006, de 27 de marzo :

*“el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Hiro Balani c. España y Ruiz Torija c. España de 9 de diciembre de 1994 y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo ; 1/2001, de 15 de enero ; 5/2001, de 15 de enero ; 148/2003, de 14 de julio y 8/2004, de 9 de febrero , entre otras (FJ 3).”*

Según la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 2009 (RC 1435/2008 ) el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia. De un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador. En segundo lugar, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión. En último término, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas.

La proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuestas al caso litigioso, determina la desestimación del presente motivo de apelación.

Si atendemos al Suplico del escrito de demanda - folios 87 a 105 de las actuaciones judiciales de la primera instancia - se integra, resumidamente, por las siguiente pretensiones,

- 1.- Declaración del derecho a la reincorporación al puesto de trabajo en que fue cesada.
- 2.- "Declaración del derecho a la supresión de todas las discriminaciones y diferencias existentes entre los derechos reconocidos a los funcionarios de carrera y los que se asignan a mis mandantes, en materia de nombramientos, promoción profesional, ascensos, provisión de vacantes, situaciones administrativas, licencias y permisos y cese en los puestos de trabajo, promoviendo y operando las reformas legales y reglamentarias que fuesen necesarias."
- 3.- "Declaración de ser contraria a la Directiva 1999/70/CE y al Acuerdo Marco, la discriminación existente entre el colectivo de funcionarios de carrera y el de los funcionarios interinos para la provisión de vacantes y sustituciones y muy especialmente, la exclusión de los funcionarios interinos de los concursos para la provisión de vacantes, así como los llamamientos preferentes a favor de los funcionarios de carrera, sin discriminación basada en la diferente naturaleza de la relación de servicio de los funcionarios interinos y de los de carrera."
- 4.- Declaración del derecho a su reconocimiento estatutario como empleado público fijo y al mantenimiento de la relación de servicios estatutaria y de su puesto de trabajo o, subsidiariamente, de empleado público indefinido al servicio de Comunidad de Madrid, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los funcionarios de carrera.

Con carácter subsidiario de lo anterior, la condena a la Administración al abono de la indemnización reclamada en el FD decimocuarto y, a su vez, con carácter subsidiario a esta última, el abono de la indemnización reclamada con arreglo al FD decimoquinto, a los que nos remitimos en su integridad.

Solicita en OTROSI DIGO, el planteamiento de seis cuestiones prejudiciales todas ellas relativas a la interpretación de las Cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco, en anexo a la Directiva 1999/70/C.E, de 28 de junio, concretadas a varios aspectos de la relación estatutaria entre funcionarios interinos y Administración Pública, cuyos términos damos por reproducidos en su integridad.

Pues bien, hemos constatado que en la fundamentación de la sentencia recurrida se responde de forma suficiente y razonada a los argumentos jurídicos planteados con carácter sustancial en el escrito de demanda y a las correspondientes pretensiones.

En efecto, en su Fundamento de Derecho Segundo aborda las siguientes, contenidas en el escrito rector de la Litis,

- Infracción de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP, sobre el trabajo de duración determinada - Anexo a la Directiva 1999/70/CE - que pone a cargo de la Orden de cese, así como, invocación, en su favor, de los pronunciamientos que hace el TJUE, en su sentencia de 14 de septiembre de 2016;
- Realización por los funcionarios interinos de funciones en el Servicio Público de Empleo, con sujeción al mismo régimen jurídico que los funcionarios de carrera.





- Abuso de la relación temporal, con expresión de los porcentajes de ocupación de plazas del Cuerpo de Técnicos y Diplomados Especialistas, Escala de Gestión de Empleo; Grupo A; Subgrupo A2 a cargo de funcionarios interinos, según lo consignado en el escrito de demanda.
- Previa anulación judicial de la Orden de convocatoria número 899/2014, de 28 de abril, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía e incidencia sobre la cuestión de fondo.

Motiva la desestimación con la remisión a lo razonado por la Sección Séptima, de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su sentencia número 482/2018, de 04/07/2018, resolviendo recurso de apelación número 11/2018 y, una vez traído a colación el artículo 10 del TREBEP, constriñe la cuestión litigiosa, habida cuenta que el objeto del recurso contencioso-administrativo es la Orden de cese de la actora, a la legalidad de tal decisión, para desestimar la principal argumentación de la recurrente relativa a la existencia de fraude en la concertación del vínculo como funcionaria interina.

En su Fundamento de Derecho Tercero, se ocupa de las pretensiones relativas a la declaración de la condición de la actora como empleada publica fija y al mantenimiento de la relación de servicios estatutaria y de su puesto de trabajo o, subsidiariamente, de empleada publica indefinida al servicio de la Comunidad de Madrid y las subsidiarias de índole indemnizatoria, para desestimarlas con fundamento en la sentencia número 1426/2018 de 26 de septiembre de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (RC 1305/2017), que le sirve de motivación.

La desestimación de la pretensión de planteamiento de cuestiones prejudiciales se hace en el Fundamento de Derecho Cuarto, en los términos que hemos transcrito expresamente y que entendemos suficientes en orden al cumplimiento del canon constitucional en materia de motivación de sentencias, pues aun siendo escueto es claro y conciso, con invocación de precepto legal y la existencia de previas cuestiones prejudiciales suscitadas sobre análogos parámetros, en interpretación de las Clausulas 4 y 5 del Acuerdo Marco integrado en la Directiva 1999/70/CE.

Las quejas que la apelante aporta a nuestra consideración argumentando el presente motivo de revocación, son meras apreciaciones subjetivas sobre la corrección de lo razonado por la juzgadora a quo, en desestimación de sus pretensiones, lo que, evidentemente, no puede sustentar el defecto de motivación que le reprocha.

Lo obligado, teniendo en cuenta que el recurso de apelación es un remedio procesal frente a un pronunciamiento previo, que debe contener un juicio crítico razonado sobre el mismo, es que la parte apelante ofreciera argumentos a la Sala sobre la improcedencia, por quebrantamiento de normas esenciales de procedimiento, de que en la primera instancia se haya acotado el *thema decidendi* a determinar la conformidad a Derecho de la Orden de cese que, a fin de cuentas es el acto administrativo impugnado y que, ya anticipamos, la Sala considera correcta atendida la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa y la generalidad de las algunas de las pretensiones esgrimidas, postulando el reconocimiento de derechos para un colectivo - funcionarios interinos del Servicio Público de Empleo de la Comunidad de Madrid - que sin perjuicio de otras consideraciones, son ajenas al cese en el puesto de trabajo.

La recurrente/apelante va más allá de lo que le permite la resolución impugnada en la primera instancia, olvidando que las pretensiones han de ser tributarias de la materia impugnada, que no es otra que su cese en el desempeño de las funciones y tareas asociadas al puesto de trabajo para el que fue nombrada funcionaria interina, arrojándose, además, una legitimación de la que carece, al postular pretensiones declarativas para el colectivo de funcionarios interinos que ni acredita que exista como entidad jurídica de clase alguna, ni es directamente afectado por su concreto cese.

El segundo motivo de apelación censura de la juzgadora a quo, una incorrecta valoración de la prueba documental practicada a su cargo. Al igual que el anterior, ha de correr idéntica suerte.

Y ello porque, los extremos de hecho aludidos en su escrito de interposición del recurso de apelación, no han sido cuestionados en ningún momento por la Comunidad de Madrid. Distinto es que, de nuevo, discrepe del sentido del fallo de instancia y la acotación del debate procesal a la legalidad del cese impugnado. Por lo demás, la sentencia hace constar, de modo expreso, que cesó en el puesto de trabajo número NUM000 que venía ocupando, como funcionaria interina, como Técnico de Grado Medio en la Dirección General de Servicio Público de Empleo - O.E. San Sebastián de los Reyes - a consecuencia de su cobertura por funcionario de carrera y en cuyo desempeño ha permanecido durante más de 11 años.

**SEXTO** .- A continuación y como motivo de apelación reitera los que hizo valer en su escrito de demanda si bien que, en esta sede, los dirige contra la sentencia recurrida.

Como matización de lo que se dirá a continuación, habremos de recordar que el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones



del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento judicial recaído en primera instancia.

La jurisprudencia (entre otras, muchas SSTs de 24 de noviembre de 1987 , 5 de diciembre de 1988 , 20 de diciembre de 1989 , 5 de julio de 1991 , 14 de abril de 1993 ) ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal ad quem la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere la individualización de los motivos opuestos a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo. Por tanto, el enjuiciamiento de esta Sala debe limitarse al estudio de los motivos alegados por la parte recurrente en el presente recurso de apelación, sin extender su enjuiciamiento a otros que fueron objeto de discusión y debate en la instancia.

En aplicación de tal jurisprudencia pueden traerse a colación, entre otras, nuestra Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Rec. Apel. 666/2016) , - citada en la más reciente de 23 de noviembre de 2017 (Rec. Apel. 364/2017) - en la que dijimos que

*"No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso. Tal doctrina jurisprudencial viene siendo reiterada de modo constante por el Tribunal Supremo, que entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 4 de mayo de 1998 que "las alegaciones formuladas en el escrito correspondiente por la parte actora al evacuar el trámite previsto en el anterior artículo 100 LJCA , son una mera reproducción de las efectuadas en primera instancia, y aun cuando el recurso de apelación transmite al Tribunal "ad quem" la plenitud de competencia para revisar y decidir sobre las cuestiones planteadas en primera instancia, en la fase de apelación se exige un examen crítico de la sentencia, para llegar a demostrar o bien la errónea prueba o cual sea otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, sin que sea suficiente como acontece en el presente caso la mera reproducción del escrito de demanda, lo que podría justificar que resultara suficiente reproducir los argumentos del Tribunal en primera instancia si se entiende que se adecuan a una correcta aplicación del ordenamiento jurídico".*

Expuesto lo anterior y como ya anticipamos, la cuestión litigiosa ha de ceñirse al contenido del acto impugnado. Así lo impone la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa.

Y el acto impugnado en la primera instancia es la Orden de 7 de abril de 2017, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid por la que la apelante es cesada, como funcionaria interina, en el puesto número NUM000 que venía ocupando como Técnico de Grado Medio, en la Dirección General del Servicio Público de Empleo (O.E. San Sebastián de los Reyes), lo que conlleva que, como hiciera la juzgadora a quo, tan solo podamos revisar la conformidad a Derecho de su cese, esto es, si responde a alguna de las causas legalmente previstas.

Dispone el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público,

*"1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
  - b) La sustitución transitoria de los titulares.*
  - c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.*
  - d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.*
- 2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.*
- 3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.*

*4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.*



5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

6. El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas."

Del precepto transcrito resulta que uno de los motivos de cese es la finalización de la causa que dio lugar al nombramiento que, en el caso de la actora fue que el puesto de trabajo estaba vacante, esto es, sin cobertura por funcionario de carrera, de donde se infiere que el nombramiento del mismo, asocia el cese de la recurrente en el puesto de trabajo.

Es por ello que, la Orden de cese - folio 84 del expediente administrativo - hace constar, de modo expreso,

"Causa del Cese:

*Incorporación al puesto de trabajo del titular como consecuencia de la Orden de 14 de marzo de 2017, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda (BOCM de 23 de marzo de 2017), por la que se nombran funcionarios de carrera del Cuerpo de TECNICOS Y DIPLOMADOS ESPECIALISTAS, Escala GESTION DE EMPLEO, de ADMINISTRACION ESPECIAL, Grupo A, Subgrupo A2, de la Comunidad de Madrid."*

En consecuencia, no existe ausencia de causa legal que pueda ocasionar la ilegalidad del cese impugnado.

La recurrente articula su recurso sobre el supuesto de hecho consistente en el fraude en la utilización por la Comunidad de Madrid de la figura del funcionario interino, con abuso de esta forma de nombramiento, lo que establece como indubitado a partir de los siguientes datos: la permanencia en el desempeño del puesto de trabajo por más de 11 años ininterrumpidos; la identidad de tareas y funciones efectivamente realizadas con las que desempeñaría el funcionario de carrera que atendiese el mismo puesto de trabajo y que más del 70 por ciento de las plazas del Cuerpo de TECNICOS Y DIPLOMADOS ESPECIALISTAS, Escala GESTION DE EMPLEO, de ADMINISTRACION ESPECIAL, Grupo A, Subgrupo A2, de la Comunidad de Madrid, durante más de diez años, hayan sido cubiertas por funcionarios interinos.

De conformidad con el artículo 217.2 L.E.C , corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones que postula, regla de distribución de la carga de la prueba que se trae a colación toda vez que, es evidente que la recurrente, en su condición de funcionaria interina, debe desempeñar los mismos cometidos que el funcionario de carrera ya que ha sido nombrada para un concreto puesto de trabajo, mientras siga vacante.

La temporalidad es consustancial al nombramiento como funcionario interino lo que significa que la recurrente era conocedora de que llegaría el momento de su cese, cuando fuera cubierto el puesto de trabajo por funcionario de carrera y lo sabía desde el momento mismo de su nombramiento, sin que conste, al momento del cese, que lo haya impugnado con fundamento en la prolongación en el tiempo en su desempeño y, por tanto, como ahora sostiene, por empleo abusivo y fraudulento por parte de la Comunidad de Madrid, de la figura del funcionario interino. Y también resulta lógico que no lo hiciera toda vez que, entonces, no conocía la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto de trabajo, como tampoco que su vínculo con la administración autonómica tendría una duración tan inusualmente larga. Mas lo cierto es que, ha venido beneficiándose, a largo plazo, del desempeño de un puesto de trabajo, sin que en el ínterin haya mostrado su disconformidad con su condición de funcionaria interina, para el que se requiere la superación de unas pruebas selectivas, con observancia de los principios de mérito y capacidad. La continuidad temporal ininterrumpida en la prestación de servicios, con el mismo nombramiento, no implica, per se, la concurrencia de fraude de ley, lo que unido a que ha quedado acreditada la causa legal del cese impugnado y no constando prueba practicada por la recurrente, no queda justificado el pretendido uso fraudulento del vínculo interino. La sentencia número 1426/2018, de 26 de septiembre, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en recuso de casación número RC 1305/2017 , se refiere a un supuesto de hecho distinto, ya que, el recurrente en casación habría sido objeto de sucesivos nombramientos, primero, un contrato laboral de duración determinada y después fue nombrado y vuelto a nombrar funcionario interino, siendo así que la documentación obrante en el expediente administrativo, proveniente de la propia Administración demandada, acreditaba la ausencia de causa legal que amparara el cese y ello porque, habiendo sido nombrado para la ejecución de programas de carácter temporal, tras su finalización continuaba en la prestación de servicios para el ente local.



Es por ello que las consecuencias obtenidas relativas a la acreditación de una situación de abuso, no pueden ser extrapoladas al caso litigioso.

No considerando la Sala que la Comunidad de Madrid haya incurrido en una utilización abusiva y fraudulenta del nombramiento con carácter interino de la recurrente, desaparece la premisa que, en su caso, permitiera la aplicación de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco mencionado y, por ende, la doctrina establecida por el TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16-15 Pérez López), así como, alguna de las medidas adoptadas por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en su sentencia número 1426/2018, de 26 de septiembre (recurso de casación número RC 1305/2017).

Y ello sin perjuicio de indicar que, aun en el supuesto de que concurriese aquel presupuesto de hecho, las pretensiones declarativas que con carácter de generalidad hace valer la recurrente, la relativa a su consideración como contratada indefinida fija o indeterminada temporal, así como, las de índole indemnizatoria, en ningún caso, podrían tener favorable acogida, al no verse respaldadas ni por la doctrina comunitaria, ni por nuestro Tribunal Supremo.

La pretensión de planteamiento de cuestión prejudicial en los términos pretendidos no tiene sustento pues consideramos que no concurre el requisito habilitante porque nos encontramos ante un acto claro, debiendo haber hincapié en que, sin perjuicio de la prerrogativa que asiste a las partes, la decisión sobre aquella es de la exclusiva incumbencia del órgano jurisdiccional.

Por lo expuesto, entendemos que lo procedente es desestimar el presente recurso de apelación, confirmando la sentencia impugnada en sus propios términos, siguiendo así el criterio decidido, en asuntos similares, por la Sección Séptima, de esta Sala en las siguientes sentencias número 637/2018, de 5 de octubre (recurso de apelación número 10/2018); 541/2018, de 18 de julio (recurso de apelación número 187/2018) y número 568/2018, de 14 de septiembre de 2018 (recurso de apelación número 25/2018).

**SÉPTIMO** .- Dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que en los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

No obstante, a tenor del apartado cuarto de dicho precepto, la imposición de las costas podrá ser " *a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima*" y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, por los conceptos de honorarios de Abogado y derecho de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de 1.000 euros (MIL EUROS), más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

**VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.**

## FALLAMOS

**1.- DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **doña Patricia**, frente a la sentencia número 259/2018, de 19 de octubre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 21 de Madrid, en autos de procedimiento abreviado número 338/2017 que se confirma en su integridad.

**2.-** Con imposición de las costas causadas en el presente recurso a la parte apelante, en los términos expresados en el Fundamento de Derecho correlativo de esta Sentencia.

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

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2582 0000 85 0138 19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente nº 2582 0000 85 0138 19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.



Por esta nuestra Sentencia, de la que se extenderá testimonio para su unión a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fdo.: Amparo Guilló Sánchez Galiano Fdo.: Rafael Botella García Lastra

Fdo.: Juana Patricia Rivas Moreno Fdo.: María Dolores Galindo Gil

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ