



Roj: **STSJ ICAN 1581/2019 - ECLI:ES:Tsjican:2019:1581**

Id Cendoj: **35016330012019100086**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2019**

Nº de Recurso: **94/2018**

Nº de Resolución: **115/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CESAR JOSE GARCIA OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: CGO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Agustín s/n

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 64 80

Fax.: 928 30 64 86

Email: s1contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Recurso de apelación

Nº Procedimiento: 0000094/2018

NIG: 3501645320170000664

Materia: Personal

Resolución: Sentencia 000115/2019

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000108/2017-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria

Demandante: Gabriela ; Procurador: MARIA TERESA DIAZ MUÑOZ

Demandado: AYUNTAMIENTO DE TUINEJE; Procurador: NATALIA QUEVEDO HERNANDEZ

SENTENCIA

Ilmos Sres:

Presidente:

D. César José García Otero.

Magistrados.

D. Jaime Borrás Moya.

Dña Inmaculada Rodríguez Falcón.

En Las Palmas de Gran Canaria a 21 de febrero de 2019.



Visto, en grado de apelación, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala con sede en Las Palmas), el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento abreviado con el nº 108/17 ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Seis de los de Las Palmas de Gran Canaria; en el que fueron partes: como demandante, Dña Gabriela , representada por la Procuradora Dña María Teresa Díaz Muñoz y defendida por la Letrada Dña Agustina del Pino de León Rodríguez; y, como Administración demandada, el Ayuntamiento de Tuineje, representado por la Procuradora Dña Natalia Quevedo Hernández y defendido por el Letrado D. Juan Pedro Martín Luzardo; pendiente en esta Sala a consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del Juzgado de 22 de enero de 2018 .

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. En el recurso contencioso-administrativo, del que ahora se conoce en apelación, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Seis de los de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia, con fecha 22 de enero de 2018 , cuyo Fallo, literalmente dice:

" Que, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Maria Teresa Diaz Muñoz, en nombre y representación de Doña Gabriela , contra el decreto nº 50/2017, de veintitrés de enero de dos mil diecisiete, de la Concejalía de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Tuineje, declaro conforme a derecho la resolución administrativa impugnada, por lo que debo confirmarla y la confirmo.

No se efectua expresa imposición de costas procesales"

SEGUNDO. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Dña Gabriela , del que se dio traslado al Ayuntamiento de Tuineje, que lo impugnó.

TERCERO. Elevadas las actuaciones a la Sala se formó rollo de apelación - registrado con el nº 94/18-, continuando por sus trámites con personación de las partes y señalamiento del 15 de febrero del año en curso para deliberación, votación y fallo.

Fue ponente el Ilmo.Sr.Presidente, D. César José García Otero, que expresa el parecer unánime de la Sala.

II.FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO. La sentencia, de la que ahora se conoce en apelación, declaró ajustada a derecho la resolución de la Concejalía de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Tuineje que habia rechazado la concesión de una indemnización por cese como funcionaria interina de la recurrente en el puesto de Secretaria municipal tras la cobertura de dicho puesto por funcionario de carrera, a cuyo fin la conclusión judicial fue que no existió fraude o abuso de derecho en la contratación en régimen temporal de interinidad, que tuvo lugar por estar vacante la plaza, y que tampoco existió discriminación alguna respecto a los funcionarios de carrera por su cese sin indemnización una vez cubierta la plaza.

En cuanto al recurso de apelación, se articula por error en la valoración de la prueba de lo que deriva la apelante la necesaria reconsideración de las conclusiones jurídicas, a cuyo fin se pone de relieve que es posible dar por acreditada la existencia de fraude en la contratación así como la discriminación de la recurrente en relación con los empleados públicos de régimen laboral , sin justificación en razones objetivas de la exclusión del derecho a una indemnización por cese.

Por lo que respecta al fraude en la contratación, pone de relieve que estuvo contratada durante once años y siete meses para puesto reservado a funcionario/a con habilitación nacional sin que el Ayuntamiento hubiese convocado el proceso ordinario para la cobertura de dicho puesto, lo que permite calificar la situación de prolongación la relación como irregular y abusiva.

En cuanto a la discriminación, se insiste en que debe ser examinada en relación con los empleados públicos en régimen laboral con contrato indefinido y en que debe entenderse aplicable al caso lo dispuesto en la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, 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 (DO 1999, L 175, p. 43), que, titulada "Principio de no discriminación", establece en su apartado 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."



Y al recurso se opone la Administración demandada (ahora apelada) en defensa de la correcta interpretación de la normativa aplicable llevada a cabo por la sentencia de instancia, con especial insistencia en la falta de cobertura normativa a la solicitud de indemnización por cese en el puesto de trabajo.

SEGUNDO. Así las cosas, consideramos oportuno, dada la referencia que hacen las partes, y la propia sentencia, a la normativa y jurisprudencia comunitaria, traer a colación la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 en relación a una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social español sobre finalización del contrato de interinidad de una trabajadora con una Administración, que concluye (apdo 65) que " Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

Pues bien, sin perjuicio de que dicha sentencia (identificada por la doctrina como sentencia Montero Mateos) supuso un cambio importante de lo que parecía otra línea jurisprudencial y de que tiene su alcance limitado a los empleados públicos en régimen laboral, son extrapolables sus conclusiones al caso a efectos de poder afirmar que no es contrario al derecho de la Unión Europea la ausencia de una norma interna que reconozca el derecho de indemnización en relación al trabajador que cesa tras desempeñar el puesto de trabajo, en régimen laboral, por interinidad aunque si se exista previsión normativa de indemnización en relación a los trabajadores laborales fijos, lo que significa que, si como propone la parte apelante, situásemos el término de comparación sobre el agravio entre empleados públicos fijos en régimen laboral y empleados públicos interinos en régimen funcional no existiría discriminación ni vulneración del derecho de la UE o de la legislación interna por falta de previsión de indemnización tras el cese.

TERCERO. En cualquier caso, y en relación a las particulares circunstancias del caso, coincidimos con la sentencia en que no hay fraude en la contratación pues dicha contratación se prolonga hasta la cobertura del puesto vacante, sin que la falta de cobertura por las razones que sean, suponga, en el plano de relación de la funcionaria interina con la Administración en la que presta sus servicios, fraude, irregularidad o situación abusiva, pues conoce su situación y la temporalidad a la que queda sujeta la relación estatutaria - pendiente de la cobertura por funcionario/a de carrera- y se beneficia de todos los derechos derivados de seguir desempeñado el puesto al que puede renunciar en cualquier momento.

En este sentido, aunque el Ayuntamiento apelado trae a debate su falta de responsabilidad en la no cobertura del puesto de Secretario municipal con cita del artículo 12 del Real Decreto 1732/1994, de 24 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, lo cierto es que son irrelevantes, en ese plano de relación entre funcionaria interina y Administración, las razones por las que no se cubrió el puesto y que determinaron la prolongación de la situación de interinidad, pues lo decisivo es que la causa de la contratación y prolongación de la relación fue que el puesto se encontraba vacante (art 11 del Real Decreto) que es uno de los supuestos que permiten la cobertura del puesto por funcionarios interinos, y la causa del cese fue la cobertura del puesto por funcionario de carrera por el mecanismo legalmente previstos que, cuando se trata de puestos de trabajo de funcionarios con habilitación nacional es a través de alguna de las modalidades del artículo 12 del Real Decreto.

También compartimos con el Ayuntamiento y con la sentencia que la posible discriminación, al margen de pertenecer al colectivo del empleados públicos los que prestan servicios en la Administración como laborales o funcionarios, solo puede ponerse en relación, en el caso de funcionarios en régimen de interinidad, con los funcionarios de carrera; mas concretamente, con el personal funcionario de las entidades locales, y, aún mas concretamente, con el personal de cuerpos con habilitación nacional en plaza reservada a funcionarios, si bien, como antes explicamos, tampoco podría entenderse discriminatoria si efectuásemos en término de

comparación con el personal laboral fijo a la vista de la sentencia del TJUE antes citada.

CUARTO. Lo dicho hasta ahora es mas que suficiente para la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia de instancia pues la funcionaria cesada tenia todos los derechos derivados del régimen jurídico aplicable a los funcionarios/as del puesto ocupado (Secretaria municipal), si bien no tiene reconocido en norma alguna el derecho a una indemnización por cese ni existe agravio comparativo con los funcionarios de carrera con habilitación de carácter nacional que pueden ocupar ese puesto, lo que supone que el cese, tras la cobertura del puesto, y al margen de las razones por las que se prolongó la interinidad,



no da derecho a indemnización alguna conforme al derecho interno sin que exista tampoco jurisprudencia comunitaria que avale la aplicación de derecho europeo que establezca lo contrario.

QUINTO. En cuanto a las costas de la apelación consideramos oportuno hacer aplicación de la excepción del artículo 139.2 de la LJCA que permite la no imposición en apelación, y ello por cuanto, como advierte la juzgadora, la cuestión del término de comparación, a efectos de no discriminación, de los empleados públicos con régimen funcional con el personal laboral fijo indefinido no dejó de aceptarse por algunas sentencias a la vista de una jurisprudencia del TJUE que dio lugar a interpretaciones dispares por los órganos judiciales españoles en función de la relación, creándose una situación de cierta inseguridad jurídica que nos lleva, en este caso, a considerar muy razonable el acceso a la vía judicial, y también a la apelación en orden a examinar un posible error judicial, y, por ello, a no hacer pronunciamiento sobre costas.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación:

III. FALLO .

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña Maria Teresa Diaz Muñoz, en nombre y representación de Dña Gabriela , contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Seis de los de Las Palmas de Gran Canaria, mencionada en el Antecedente Primero, la cual confirmamos.

Sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la apelación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, y de cuyo régimen de recursos se informa a continuación de la publicación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN:

Leída y publicada lo fue la anterior sentencia por el Ilmo.Sr. Presidente , en su condición de ponente, en audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.