



Roj: **STSJ EXT 804/2019 - ECLI:ES:TSJEXT:2019:804**

Id Cendoj: **10037330012019100355**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **564/2018**

Nº de Resolución: **244/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **CARMEN BRAVO DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA CON/AD

CACERES

SENTENCIA: 00244 /2019

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 244

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

Dª ELENA MENDEZ CANSECO

DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU

DON CASIANO ROJAS POZO

Dª CARMEN BRAVO DIAZ /

En Cáceres a nueve de Julio de dos mil diecinueve. -

Visto el recurso contencioso administrativo nº **564** de **2018** , promovido por el Procurador D. Pablo Gutiérrez Fernández, en nombre y representación del recurrente D. Romulo , siendo demandada **LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO** , representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; recurso que versa sobre: Resolución del Subsecretario de Defensa de 26 de septiembre de 2018 (expediente nº JR/UG PR/12/M-52215) y la Resolución de la Ministra de Defensa de 1 de octubre de 2018 (expediente nº M-522-15-02).-

CUANTÍA: Indeterminada. -

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia. -

SEGUNDO : Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entrego el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-



TERCERO : Habiéndose estimado únicamente por la Sala prueba documental obrante en autos se pasó seguidamente al periodo de conclusiones, donde la parte actora interesó se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de su escrito de demanda, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.-

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso se ha observado las prescripciones legales.-

Siendo ponente para este trámite el Ilmo Sr. Magistrado DOÑA CARMEN BRAVO DIAZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Pablo Gutiérrez Fernández formula recurso contencioso-administrativo, en representación y defensa de D. Romulo , contra la Resolución del Subsecretario de Defensa de 26 de septiembre de 2018 (expediente nº JR/UG PR/12/M-52215) y la Resolución de la Ministra de Defensa de 1 de octubre de 2018 (expediente nº M-522-15-02), que desestimaron los recursos de alzada interpuestos contra la Resolución de la Directora General de Personal de 27 de abril de 2018 y la Resolución del General Jefe de Mando de Personal del Ejército de Tierra 14 de mayo de 2018.

La parte actora alega que la regulación de los militares de complemento es contraria al Acuerdo Marco en cuanto que su situación es comparable a la de los militares de carrera, desarrollando las mismas funciones, y no hay razones objetivas o justificativas para un trato diferencial. En base a ello, solicita el reconocimiento de trienios desde el inicio de la relación profesional con las Fuerzas Armadas en vez de desde la suscripción del compromiso de larga duración; el derecho a la misma promoción profesional que los militares de carrera; el reconocimiento de la condición de permanente o, subsidiariamente, de indefinido no fijo, en cuanto que no existe ningún motivo no discriminatorio para que la relación profesional finalice al cumplir los 45 años, ya que existe una necesidad permanente y estructural, no específica o coyuntural y son muy escasas las plazas que se ofertan para poder acceder a militar de carrera; que se le reconozca el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado en caso de finalización de la relación profesional, conforme al Acuerdo Marco. Finalmente, solicita el planteamiento de cuestión prejudicial o de cuestión de inconstitucionalidad ante la ausencia de jurisprudencia sobre la presente materia.

El Abogado del Estado, en representación y defensa de la Administración General del Estado (Ministerio de Defensa), interesa la desestimación del recurso en cuanto que la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco, no resulta aplicable en el presente caso porque no ha sido traspuesta para los militares y éstos se rigen por su normativa nacional específica, que resulta compatible con el Acuerdo Marco. Así pues, sostiene que no puede adquirir la condición de permanente porque se prevé perfectamente la duración de las diferentes prórrogas del contrato y una duración máxima hasta los 45 años de edad, existiendo la figura del militar de complemento para cubrir necesidades específicas y temporales y las plazas que se convocan para adquirir la condición de militar de carrera depende de las que vayan quedando libres, existiendo, en todo caso, la posibilidad de pasar a la reserva una vez extinguida la relación profesional. Los mismos motivos alega para la no adquisición de la condición de indefinido no fijo. Entiende improcedente cualquier tipo de indemnización por la extinción de la relación, ya que ésta no está prevista para los militares de carrera, por lo que no hay discriminación y no cabe el reconocimiento de trienios desde el inicio de la relación profesional porque el período de formación de los militares de complemento y los de carrera en muy diferente. Por último, en cuanto a la promoción profesional, alega que no se trata de una condición de trabajo stricto sensu.

SEGUNDO.- Las cuestiones planteadas en el presente procedimiento ya han sido resueltas por esta Sala en la Sentencia nº 136/2019 de 25 de abril, Rec. 305/2018 , por lo que procedemos a reproducir sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero: " *Planteado el debate en estos términos, preciso es comenzar indicando que la Sala ya ha sentado criterio en un asunto idéntico al actual, coincidiendo incluso en los profesionales que han presentado ambos recursos, con demandas igualmente idénticas.*

No cabe, pues, por aplicación de los principios de igualdad, coherencia y unidad de doctrina, que remitirnos a los argumentos que contiene nuestra STSJ de Extremadura de 20/12/2018, rec. 238/2018 , donde razonamos de la siguiente manera:

"PRIMERO.- Son objeto de recurso la resolución del Subsecretario de defensa de 1 de febrero de 2018 y la de la Ministra de Defensa de 22 de febrero de 2018, dictadas en expedientes NUM000 NUM001 relativas a denegación de solicitud de Derechos en el ámbito Militar.

SEGUNDO.- Damos por acreditados los hechos que dimanar de las actuaciones y que no son objeto de controversia y así fecha de las resoluciones, organismos de los que emanan, contenido extrínseco de escritos y de las propias resoluciones, documentos públicos, etc. En realidad, nos situamos ante un litigio de aspecto esencialmente jurídico, pues las partes están conformes en los condicionantes fácticos, así como en los



antecedentes profesionales. En tal sentido indicar que el recurrente es Militar profesional desde 2002 y de complemento desde 2003, habiendo suscrito un compromiso de larga duración en 2009 que finalizará el 4 de diciembre de 2022.

Pese a los numerosos folios aportados tanto en demanda como en la contestación, conviene centrar el asunto a los efectos de analizar los aspectos realmente discutidos. En tal sentido, el Recurrente realiza diversas peticiones y ello al entender que la DT5ª de la Ley 39/2007 que regula el régimen militar de los Militares de Complemento a los que se refiere la Ley 17/1999, infringe determinadas Cláusulas del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada y de la Directiva 1999/70.

La citada DT reseña que los que a la entrada en vigor de esta ley tengan la condición de militar de complemento continuarán rigiéndose por el régimen de compromisos y ascensos establecido en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, y en la disposición final primera de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, con las modificaciones establecidas en esta disposición que también será de aplicación a quienes encontrándose en periodo de formación accedan a la citada condición. Con posterioridad en los sucesivos. 2. Los que lleven menos de cinco años de servicios podrán optar por cumplir su compromiso y causar baja en las Fuerzas Armadas o renovarlo por uno nuevo hasta completar seis años de servicios, previa declaración de idoneidad, rigiéndose a partir de ese momento por lo establecido en los apartados siguientes.

3. Los que lleven más de cinco años de servicios y los del apartado anterior según los vayan cumpliendo podrán optar por firmar, previa declaración de idoneidad, un compromiso de larga duración hasta los cuarenta y cinco años con el régimen establecido para la tropa y marinería en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería y en esta ley. Los que tengan el empleo de alférez ascenderán a teniente con efectos de la fecha de la firma del compromiso y todos devengarán trienios a partir del inicio del compromiso de larga duración. Los que no firmen ese compromiso causarán baja en las Fuerzas Armadas al finalizar el que tuvieran suscrito.

Los militares de complemento que tengan suscrito un compromiso de larga duración, podrán ingresar en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo si cumplen los requisitos de intachable conducta y tiempos de servicios, contabilizados en su forma de vinculación profesional con las Fuerzas Armadas, exigidos a los militares de carrera en las normas reglamentarias correspondientes. 4. Los militares de complemento podrán acceder por promoción interna a la enseñanza militar de formación para la incorporación con el empleo de teniente a las diversas escalas de oficiales, según los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, adaptados reglamentariamente a la estructura de cuerpos y escalas y a la enseñanza de formación reguladas en esta ley.

A los militares de complemento que posean las titulaciones exigidas para el ingreso en los centros docentes militares de formación para el acceso a las escalas de oficiales de los cuerpos comunes de la Defensa o de los cuerpos de ingenieros de los Ejércitos, se les reservarán plazas específicas en las provisiones anuales. 5. Cumplido el compromiso de larga duración se pasará a reservista de especial disponibilidad en las condiciones establecidas en la Ley de Tropa y Marinería, percibiendo una asignación por disponibilidad de 1,9 veces la correspondiente a los militares de tropa y marinería y quedando incluidos en el artículo 122.3 de esta ley. En su caso, se tendrá derecho a percibir la prima por servicios prestados en los casos y con la cuantía que se determine reglamentariamente.

El militar de complemento con un compromiso de larga duración, que con 45 años de edad no haya cumplido los 18 de servicios y tenga posibilidad de alcanzarlos antes de cumplir los 50 años de edad podrá ampliar su compromiso hasta que adquiera el tiempo de servicios mencionados. Si hubiera adquirido la condición de militar de complemento con más de 31 años de edad, podrá prorrogar su compromiso hasta alcanzar el tiempo de servicio mencionado si tiene posibilidad de hacerlo antes de cumplir los 52 años de edad. También podrán prorrogar su compromiso hasta los 50 años los militares de complemento que, a la entrada en vigor de la presente Ley, tengan cumplidos 42 años.

6. Los militares de complemento que causen baja en las Fuerzas Armadas y no pasen a reservista de especial disponibilidad, podrán acceder a reservista voluntario con arreglo a lo establecido en el artículo 130 para los militares profesionales.

7. Los militares de complemento que tengan suscrito un compromiso de larga duración, podrán acceder a la condición de permanente en las plazas que se determinen en las provisiones anuales a partir del año 2009, conservando el empleo que tuvieran. Para participar en los correspondientes procesos de selección se requerirá tener cumplidos diez años de servicio como militar de complemento y las demás condiciones que se determinen reglamentariamente. Los que accedan a esa relación de servicios de carácter permanente adquirirán la condición de militar de carrera. Se podrán alcanzar los empleos de capitán y comandante a los que se ascenderá por los sistemas de antigüedad y elección respectivamente.



Les serán de aplicación las situaciones administrativas reguladas para los militares de carrera y, en consecuencia, pasarán a reserva en condiciones análogas a las establecidas para los componentes de las escalas a extinguir de oficiales a las que se hace referencia en la disposición transitoria anterior.

El Gobierno, analizadas las necesidades específicas de las Fuerzas Armadas, dotará las plazas necesarias para facilitar la permanencia de los militares de complemento.

8. El Ministro de Defensa, teniendo en cuenta lo previsto en esta disposición, determinará las plantillas por empleos de los militares de complemento adscritos a los diversos cuerpos y escalas, diferenciando las de militares de carrera. 9. Los reservistas de especial disponibilidad, tanto los procedentes de militar de complemento como de tropa y marinería, mantendrán, si lo solicitan, una especial relación con las Fuerzas Armadas, mediante su adscripción a la unidad militar que elijan, previa conformidad del Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente. Podrán asistir a actos y ceremonias militares en los que dicha unidad participe, usar el uniforme en actos militares y sociales solemnes y disponer de la correspondiente tarjeta de identificación. Se les facilitará el acceso a información sobre prestaciones a las que tienen derecho y otros asuntos que puedan ser de su interés.

Como puede observarse, la citada Norma establece y regula un régimen de transitoriedad que permite continuar en el ejército a través de la figura de los compromisos hasta determinadas edades o periodos. Asimismo, se establece un régimen de posibles ascensos, de reservas de plaza, de asignaciones y de "primas" aparte de otros Derechos honoríficos. Establecido lo anterior no hay que olvidar que la propia Ley reguladora de las situaciones Militares expone en su artículo 3 que los españoles podrán vincularse profesionalmente a las Fuerzas Armadas como militares de carrera, como militares de tropa y marinería y también como militares de complemento. Son militares de carrera quienes mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente. Les corresponde asegurar la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las Fuerzas Armadas en el marco constitucional. Los militares de complemento son oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas. La Audiencia Nacional recalca diversos argumentos empleados para sostener la sustantividad de la regulación de los militares frente a la general propia de los funcionarios, pues "las relevantes y esenciales misiones que el artículo 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas, exigen para su cumplimiento, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, una específica forma de organización y un régimen jurídico singular del personal integrado en ellas (Sentencia 107/1986, de 24 de julio)", resultando que "las especialidades de la función pública militar constituyen una constante en el ordenamiento jurídico", así como que "las normas sobre funcionarios civiles del Estado han dejado a un lado a los funcionarios militares, aunque, sin duda, ambas legislaciones, la general y la específica, se han ido aproximando, de ahí que la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, impusiese su carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación (artículo 1.5), previsión que reproduce el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 2.5), que no se queda en ese punto, pues va más allá. Así, el Estatuto, reconociendo la existencia de "personal con legislación específica propia", entre el que relaciona al "personal militar de las Fuerzas Armadas", señala que a dicho personal "sólo se aplicarán directamente" sus disposiciones "cuando así lo disponga su legislación específica" (artículo 4), lo que se completa con la indicación de la Ley 39/2007 de que "los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se incorporarán al régimen del personal militar profesional, siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar" (artículo 5)".

Tras lo anterior se advierte de la nítida diferenciación entre militares de carrera y funcionarios de carrera, de un lado, y entre militares de complemento y funcionarios interinos, de otro, indicándose que, "como elementos más significativos del diferente plano en el que se sitúan unos y otros, pueden señalarse el concepto, las funciones, la forma de nombramiento y las causas de cese de cada una de esas estructuras funcionariales", efectuándose una caracterización específica y propia de los militares de complemento en el sentido de que esta clase de militares establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas (artículo 3.3), disponiendo de sus propias plantillas por empleos (disposición transitoria quinta.8, sin que les sea de aplicación el artículo 16.4, referido a los militares de tropa y marinería)", añadiéndose unas indicaciones sobre las singularidades de esta clase de militares, dado que "así como los militares de carrera y los de tropa y marinería se integran en los distintos cuerpos de acuerdo con los cometidos que deben desempeñar, los de complemento se "adscriben" a dichos cuerpos para el ejercicio de sus cometidos (artículo 25.1), recibiendo una formación dirigida a "la preparación y capacitación para el ejercicio profesional para la adscripción a las escalas de oficiales correspondientes" (artículo 46), teniendo una forma específica de acceso (artículo 60). Aparte de ello, la condición de militar de complemento se adquiere al adscribirse a una escala y cuerpo mediante la superación del plan de estudios correspondiente y firmando el



compromiso inicial, que tiene una duración de tres o de ocho años, según los casos, y que pueden renovarse hasta un máximo de ocho años de servicio (artículo 77)".

Se pone así de relieve que no es únicamente el carácter temporal de la relación de servicio de los militares de complemento el elemento diferencial con los de carrera, sino también la finalidad de su misma figura, ya que sus plazas son cubiertas para atender necesidades específicas, y la formación, sin perjuicio de que, según se ha dicho, se prevea el paso de una cualidad a la otra. En relación con la Sentencia del TJUE de 2016, en la que la recurrente se apoya, debe indicarse que los funcionarios interinos son nombrados por razones expresamente justificadas de necesidad y de urgencia para desempeñar las funciones propias de los funcionarios de carrera en alguna de las circunstancias expresamente recogidas en el Estatuto, a saber, la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, la sustitución transitoria de los titulares, la ejecución de programas de carácter temporal y el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses (artículo 10.1); se trata, en suma, de un personal encargado de ejercer de forma temporal las funciones que corresponden a los funcionarios de carrera en concretas situaciones. Son nombrados mediante procedimientos ágiles, respetuosos con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, cesando, además de por las causas de los funcionarios de carrera, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (artículo 10.2 y 3).

Los militares de complemento son, según la Ley 39/2007 y como decíamos, oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas (artículo 3.3), disponiendo de sus propias plantillas por empleos (disposición transitoria quinta.8, sin que les sea de aplicación el artículo 16.4, referido a los militares de tropa y marinería). Así como los militares de carrera y los de tropa y marinería se integran en los distintos cuerpos de acuerdo con los cometidos que deben desempeñar, los de complemento se "adscriben" a dichos cuerpos para el ejercicio de sus cometidos (artículo 25.1), recibiendo una formación dirigida a "la preparación y capacitación para el ejercicio profesional para la adscripción a las escalas de oficiales correspondientes" (artículo 46), teniendo una forma específica de acceso (artículo 60). Aparte de ello, la condición de militar de complemento se adquiere al adscribirse a una escala y cuerpo mediante la superación del plan de estudios correspondiente y firmando el compromiso inicial, que tiene una duración de tres o de ocho años, según los casos, y que pueden renovarse hasta un máximo de ocho años de servicio (artículo 77). Por consiguiente, sin necesidad de mayores razonamientos, resulta claro que, aunque entre los funcionarios interinos y los militares de complemento exista algún punto de conexión, principalmente el de la temporalidad de la relación de servicios, se aprecian numerosas diferencias en cada de una estas categorías, pues responden a finalidades diferentes y cumplen funciones que tampoco son coincidentes. Llegados a este punto y aún siendo conscientes que el propio TJUE reconoce la aplicación del Acuerdo marco y la directiva a empleados públicos, no debe obviarse en primer lugar que el propio TJUE, reconoce sustantividad a los Estados para regular las cuestiones referidas a defensa como aquí sucede, (C-677/16 Montero Mateos) y además esa aplicación de la Sentencia de 2016, (muy matizada ya por la de junio de 2018), se enmarca en otros parámetros que los que ahora se discuten. La Clausula tercera expone que se entenderá por "trabajador con contrato de duración determinada": 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. En definitiva, entendemos que el Acuerdo Marco, no es de aplicación a estos militares o mejor dicho, está establecido para otras categorías de trabajadores. Las características reseñadas evidencian que no pueden ser considerados como "trabajadores" a los efectos pertinentes, poseyendo diferencias esenciales con los funcionarios interinos. A ello debe añadirse que el recurrente ingresa en 2003 y tiene compromiso hasta el 2022. Hablar de "duración determinada" en estos periodos tan amplios, choca con el concepto inicial del Acuerdo. Puede llegarse a entender que en realidad y entonces, todos los trabajos del sector público son de duración determinada pues la regulación estatutaria particular o la general, siempre contienen una extinción por edad. Considera esta Sala que no se da el presupuesto de aplicación inicial y en consecuencia todas las peticiones que se realizan en demanda deben desestimarse. Como se ha reiterado, no nos situamos ante un "trabajador" ni ante un problema de discriminación en contratos de duración determinada. Nos situamos ante un Militar en una situación regulada por norma interna y legal, estatutariamente a la que se accede en unas determinadas condiciones, requisitos y para unos fines, que pugnan con el sentido del "trabajo" al que alude el Acuerdo Marco. Pero es que aún entendiendo hipotéticamente que fuese aplicable, del propio tenor de la Sentencia de junio de 2018 e incluso de la Sentencia TJUE (Sala Décima) de 14 septiembre 2016 (C-184), la cláusula 5, apartado 1 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto



de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar y en tal sentido la DT 5ª de la Ley Militar de 2007, contiene una serie de medidas que evitan circunstancias discriminatorias y sobre todo son diferentes en algunos aspectos, puesto que Militares de Carrera y de complemento, no son categorías análogas. Tampoco entendemos se vulnere en este supuesto la cláusula 4 del Acuerdo marco que proclama el principio de no discriminación que resulta aplicable a "las relaciones de servicio de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y el resto de entidades del sector público", exigiendo "que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables de un Estado miembro basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, justifiquen un trato diferente" (apartado 62), insistiéndose en que "el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado" Para apreciar si se ejerce un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo marco, debe comprobarse si, "habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable" (apartado 66), sin que la "mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública" pueda "constituir, por sí sola, una razón objetiva" (apartado 74). Como se ha resaltado, entendemos que esas diferencias recogidas en la normativa militar no son equiparables a funcionarios interinos y en todo caso son adecuadas a las circunstancias sin que quepa tacharlas de arbitrarias o discriminatorias ni abusivas.

TERCERO.- Por lo que respecta a la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución y como señala la AN en su Sentencia de 29 abril 2015.- "el principio de igualdad no impide al legislador establecer diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la ley y a la adecuación de medios y fines entre aquéllas y éstas, apreciándose esta libertad de implantación de diferencias de trato con mayor intensidad en relación con estructuras de creación legal, donde la norma que las crea puede apreciar diferencias relevantes fundadas en el régimen abstracto diseñado por ella misma, de manera que la discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2004, de 30 de junio)", lo que aquí no ocurre, ya que el diseño del devenir profesional de los militares de carrera y de los de complemento es muy diferente, quedando sujeto a diferentes condicionantes, tanto de edad como de empleo, entre otros, no siendo comparables en consecuencia.

CUARTO.- Por último y en relación a la solicitud de planteamiento de cuestiones prejudiciales y como se sigue de los primeros pronunciamientos del TJUE al respecto (sentencia Cilfit 6-10-82 -, sobre todo) al juez nacional le corresponde apreciar la oportunidad de dirigirse al TJUE con independencia de cuál sea la posición de las partes en el proceso y sin necesidad de que alguna de esas partes interese expresamente el planteamiento de la cuestión (sentencia Salonia 16-6-81 , adopción de oficio). Es el propio juez o Tribunal nacional el que formula las cuestiones concretas con independencia de las que las partes susciten o aduzcan. La razón de ser de esa potestad nos la suministra la sentencia Picks Marketinf Board 29-11-78 : el juez nacional es el mejor situado para pronunciarse sobre la pertinencia y motivación que justifica el planteamiento. El TJUE ha señalado con reiteración (v. sentencia Bozetti 9-7-85) que el objeto de la cuestión prejudicial es interpretar el derecho europeo, no el derecho interno. No se trata, con la cuestión prejudicial, de pedir que el TJUE resuelva si el derecho interno es o no compatible con el Derecho de la Unión Europea. En la sentencia Wilson 19-9-06 -2006/253080- se afirmó literalmente lo siguiente: "no corresponde al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE -1957/52-, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario, ya que la interpretación de estas normas corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales; el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para proporcionar a estos órganos jurisdiccionales todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirles apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria". El planteamiento de la cuestión de validez es obligatorio si el juez nacional cree que la norma de derecho derivado es inválida, obviedad que se desprende del citado monopolio declarativo del TJUE. Pero que no es obligatoria si llega a la conclusión (también motivada) de que no hay duda alguna sobre el ajuste de aquella norma a los productos normativos a los que está jerárquicamente subordinada. A partir de la doctrina sentada en la sentencia Da Costa 27-3-63 -- y, sobre todo, en la sentencia Cilfit 6-10-82 se ha acotado -o atemperado- aquella imposición en los supuestos en los que nos hallemos ante lo que ha venido en llamarse acto claro o acto aclarado. En definitiva, sin perjuicio asimismo de compartir en esencia los criterios de la Abogacía del Estado en este apartado de su contestación, hay que reiterar que de lo ya manifestado en esta Sentencia llega a entenderse que la Directiva que sirve de base a la recurrente, no es de aplicación ni pugna con el Derecho interno, en concreto con la DT quinta de la Ley 39/ 2007 .Pero además de los numerosos pronunciamientos que el TJUE ha realizado del Acuerdo Marco y la Directiva y si hipotéticamente analizásemos las pretensiones que la parte interesa, llegaríamos a la conclusión de que



entendemos que nuestra legislación en la materia no se da cobertura ni a la discriminación ni de utilización abusiva en el sentido exigido por la Corte Europea".

TERCERO. - Como complemento a lo razonado, traemos a colación varias sentencias del Tribunal Supremo recientes que rechazan la posibilidad de hacer permanente una relación que es temporal y que establece que no existe derecho a indemnización.

Por un lado, la STS 26/09/2018, REC. 1305/2017 (sala contencioso-administrativo) que razona: "DECIMOCTAVO. Respuestas a las cuestiones interpretativas planteadas en el auto de admisión

Con las consideraciones efectuadas en los fundamentos anteriores estamos en disposición de dar respuesta a las incógnitas que el auto de admisión del recurso planteó en estos términos:

1ª. Si, constatada una utilización abusiva de los sucesivos nombramientos de quien suscribió, primero, un contrato laboral de duración determinada, y después fue nombrado y vuelto a nombrar funcionario interino, debe, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, adoptarse como única solución jurídica aplicable la de conversión de su relación de servicios en una de carácter indefinido no fija, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación.

2ª. Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión anterior, si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

La respuesta de esta Sección de enjuiciamiento del recurso de casación es la siguiente:

Respecto a la primera cuestión:

Ante aquella constatación, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

Al dar cumplimiento a esa norma, en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observado después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas.

Respuesta a la segunda cuestión:

El/la afectado/a por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización. Pero el reconocimiento del derecho: a) depende de las circunstancias singulares del caso; b) debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y c) requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida.

Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público".

La otra es la STS (SOCIAL) 13/03/2019, rec. 3970/2016, cuyos razonamientos son los siguientes:

" Pero, en las STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos -C-677/16- y Grupo Norte Facility - C-574/16 -) y, de manera específica, en la STJUE de 21 noviembre de 2018 (C- 619/17) - segunda de las dictadas por el Tribunal de la Unión en este mismo caso- el Tribunal de Justicia se aparta de aquella dirección.



En la última sentencia citada -la que da respuesta a nuestra cuestión prejudicial- se reitera lo que ya se razonaba en la sentencia del asunto Montero Materos, en el sentido de que la finalización del contrato de interinidad debida a la reincorporación de la trabajadora sustituida se produce "en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista factivo y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores " (ap. 70).

También solventa ya dicha sentencia el equívoco que se plasmaba en la de 14 de septiembre de 2016; y parte, acertadamente, de que la indemnización del art. 53.1 b) ET se reconoce en caso de despido objetivo con independencia de la duración determinada o indefinida del contrato de trabajo.

En definitiva, el Tribunal de la Unión reconduce la cuestión y niega que quepa considerar contraria a la Directiva la norma que permite que la extinción regular del contrato de trabajo de interinidad no de lugar a la indemnización que se otorga a los despidos por causas objetivas.

6. Esta declaración se corresponde plenamente con nuestros razonamientos y, en cambio, es contraria a lo que resuelve la sentencia aquí recurrida.

En suma, de un lado, no es admisible sostener que la indemnización establecida para los despidos objetivos solo se contempla respecto de los trabajadores indefinidos. Si ello fuera así, ciertamente cabría afirmar que la norma contenía un trato discriminatorio respecto de los temporales. Mas, como venimos reiterando, la concurrencia de los supuestos de despido objetivo da lugar al mismo tratamiento para todas las modalidades de contratación sin distinción en razón de la duración del contrato, en plena consonancia con lo que establece el art. 15.6 ET : "Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción (...)".

Por otra parte, no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. El régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respeto al derecho a no discriminación de los trabajadores temporales.

CUARTO.- 1. Negada pues la posibilidad de acudir a la indemnización de 20 días, el pronunciamiento de la sentencia recurrida podría suscitar la cuestión sobre esa diferencia de trato entre interinos y el resto de los trabajadores temporales. De ahí que en el auto por el que elevábamos la cuestión prejudicial, entendiéramos necesario agotar también otros posibles puntos de aproximación a la cuestión y despejar las dudas sobre si la ley española hubiera podido incidir en un inadecuado cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, con la cual se persigue imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada.

2. El legislador nacional adaptó nuestra normativa a la Directiva 1991/70 a través del el art. 3 del RDL 5/2001, de 2 de marzo, después convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Fue dicha norma la que introdujo el reconocimiento de una indemnización al finalizar el contrato temporal, consistente en 12 días de salario por año trabajado. Sin embargo, como ya hemos visto, sólo lo hizo para dos de las tres modalidades de contratos temporales legalmente admitidas (obra o servicio determinado y circunstancias de la producción), excluyendo expresamente a los contratos de interinidad.

3. Pues bien, a la vista de la respuesta del Tribunal de la Unión, no parece que pueda entenderse que la fijación de la indemnización constituya una medida acorde con la finalidad que deben garantizar aquéllas a adoptar con arreglo a la indicada cláusula 5 de la Directiva. Ciertamente, la mera imposición de una indemnización, como la establecida para los otros contratos temporales, no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal en tanto que la misma, precisamente por partir de la regularidad de estos contratos, se configura como una indemnización inferior a la que se reconocería al contrato temporal fraudulento. Como hemos indicado, la medida adoptada en nuestro ordenamiento nacional para satisfacer la obligación de la cláusula 5 de la Directiva se halla en la conversión en indefinido de todo contrato celebrado de modo abusivo o en fraude de ley, lo que provoca una sanción para el empresario mucho más gravosa que la de la indemnizaron de 12 días.

4. Precisamente, en nuestro ordenamiento jurídico la sanción ante el abuso de la contratación temporal se satisface de modo completo mediante las reglas de los apartados 2 y 3 del art. 15 ET (que se completa con el apartado 5 para las otras modalidades contractuales de duración temporal).



En suma, aun cuando ni siquiera se planteaba en el litigio, el pronunciamiento de la sentencia recurrida nos obliga a considerar necesario precisar que el rechazo a la solución adoptada por la Sala de suplicación debe ser completo, en el sentido de negar que quepa otorgar indemnización alguna por el cese regular del contrato de interinidad, no sólo la que calcula la sentencia con arreglo a los 20 días del despido objetivo, sino, incluso, con arreglo a los 12 días que el art. 49.1 c) ET fija para los contratos para obra o servicio y acumulación de tareas.

Nos resta añadir que, por más que "a priori" pudiera parecer exenta de justificación la diferencia entre unos y otros trabajadores temporales, lo cierto es que la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello no concurre en las otras modalidades del art. 15.1 ET . Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse.

QUINTO.- 1. Finalmente, debemos precisar que, en este estado del procedimiento, no se suscita ya la cuestión de la eventual calificación de la relación laboral entre las partes como una relación que hubiera de haberse considerado indefinida. Tal pretensión originaria de la trabajadora demandante fue rechazada por la sentencia del Juzgado de instancia, confirmando la sentencia de suplicación este pronunciamiento del Juzgado con aquietamiento de la actora, que no ha recurrido ya el mismo.

2. Por ese motivo no se dan aquí elementos que nos obliguen a responder a cuestiones relacionadas con la larga duración de los contratos temporales, como apuntaba la ya citada STJUE de 5 junio 2018 (Montero Mateos - C-677/16 -), en la cual, por otra parte, se trataba de un supuesto de interinidad por vacante".

Mencionar también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9-4-2019, asuntos "Cobra Servicios Auxiliares" (C-29/18 , C-30/18 y C-44/18 , acumulados), dictada en respuesta a tres cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala Social del TSJ de Galicia, y que confirma -nuevamente- el cambio de criterio jurisprudencial del TJUE respecto a su inicial sentencia "De Diego Porras I" de 14.9.16 (C596/14), plasmado en sus sucesivas sentencias 5 de junio de 2018 (Montero Mateos, C677/16), de 5 de junio de 2018 (Grupo Norte Facility, C574/16), y de 21 de noviembre de 2018, (de Diego Porras II, C619/17)- y declara que no se opone a la prohibición antidiscriminatoria establecida en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, la distinta previsión indemnizatoria de nuestra normativa interna respecta a trabajadores/as temporales e indefinidos/as ".

La presente Sala mantiene todos los argumentos expuestos en la Sentencia citada anteriormente, sólo resta por añadir que, en base a los argumentos recogidos anteriormente, no hay tampoco motivos para plantear cuestión de inconstitucionalidad al considerar que la normativa nacional aplicable en esta materia no vulnera ninguno de los derechos y principios constitucionales que alega el recurrente. Por lo que procede desestimar el presente recurso y confirmar las Resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Que en materia de costas rige el artículo 139 de la Ley 29/1998 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativaLegislación citadaLJCA art. 139, por lo que procede imponer las costas a la actora en la cuantía máxima de 1.500 euros.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación, EN **NO** MBRE DE SM EL REY, por la potestad que nos confiere la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Gutiérrez Fernández, en representación y defensa de D. Romulo , contra la Resolución del Subsecretario de Defensa de 26 de septiembre de 2018 (expediente nº JR/UG PR/12/M-52215) y la Resolución de la Ministra de Defensa de 1 de octubre de 2018 (expediente nº M-522-15-02), que desestimaron los recursos de alzada interpuestos contra la Resolución de la Directora General de Personal de 27 de abril de 2018 y la Resolución del General Jefe de Mando de Personal del Ejército de Tierra 14 de mayo de 2018, que se confirma por ser ajustada al Ordenamiento Jurídico, y todo ello con expresa condena en cuanto a las costas a la actora en la cuantía máxima de 1.500 euros.

Contra la presente sentencia sólo cabe recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El recurso de casación se preparará ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de Extremadura en el plazo de treinta días contados desde el día siguiente al de la notificación de la sentencia.



La presente sentencia sólo será recurrible ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

El escrito de preparación deberá reunir los requisitos previstos en los artículos 88 y 89 LJCA y en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ , según la reforma efectuada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, deberá consignarse el depósito de 50 euros para recurrir en casación. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.

Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, remítase testimonio junto con los autos, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días, y déjese constancia de lo resuelto en el procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD