



Roj: **STSJ AR 936/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:936**

Id Cendoj: **50297330022018100182**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **18/09/2018**

Nº de Recurso: **41/2018**

Nº de Resolución: **284/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN SAMANES ARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA 000284/2018**

Presidente

D. FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

Magistrados

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH

Dª CARMEN SAMANES ARA (Ponente)

D. IGNACIO MARTINEZ LASIERRA

En Zaragoza, a 18 de septiembre del 2018.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, Sección Segunda, en grado de apelación el recurso contencioso administrativo seguido ante el Juzgado de lo Contencioso nº 4 de Zaragoza con el número 41/17, rollo de apelación número **41/18 B**, a instancia de la parte apelante **D. Patricio**, representado por la Procuradora Dª Pilar Baigorri Cornago y defendido por la Letrada Dª Belén Tambo Aguerri; contra la **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN- SERVICIO ARAGONÉS DE SALUD**, apelada en esta instancia, representada y defendida por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª CARMEN SAMANES ARA.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Con fecha 20 de diciembre de 2017, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Zaragoza, dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

" **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo, Procedimiento Abreviado Nº 41/2017-AA, interpuesto por D. Patricio, con la representación y defensa antes mencionada, contra la actuación administrativa a la que se ha hecho referencia en los antecedentes de hecho de la presente resolución, y en su consecuencia:

PRIMERO.- Declarar conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa recurrida.

**SEGUNDO.-** No efectuar una especial imposición de las costas causadas."

SEGUNDO. Notificada dicha sentencia a las partes, por la Procuradora indicada en la representación también señalada, se interpuso en tiempo y forma contra la misma recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos y, dado traslado a la parte adversa formuló, igualmente en tiempo y forma, alegaciones oponiéndose a dicho recurso, siendo remitidas las actuaciones junto con el expediente administrativo a esta Sala.



TERCERO. Turnado a la Sección 2ª el recurso, formado el correspondiente rollo y comparecidas las partes, por Diligencia de Ordenación de fecha 21 de febrero de 2018 fue designado Ponente del presente procedimiento el Ilmo. Sr. D. Eugenio Ángel Esteras Iguacel, y en virtud de la adscripción de Magistrados de la Sala Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Aragón a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal, por Providencia de fecha 4 de septiembre de 2018 fue designada nueva Ponente la Magistrada de la Sala Civil y Penal la Ilma. Sra. Dª CARMEN SAMANES ARA fijándose para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y;

**PRIMERO.-** D. Patricio apela la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda que interpuso contra el acto denegatorio por silencio administrativo de la reclamación de indemnización por fin de la interinidad efectuada en 4 de octubre de 2016.

En su demanda pedía la condena al abono de veinte días por año trabajado, que cuantificó en 18.206,79 €.

En apoyo de la petición invocaba la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del TJUE que recuerda cual es la interpretación auténtica que hay que dar a la directiva comunitaria 1999/70/CE que reconoce el principio de no discriminación y equipara el derecho de los funcionarios interinos al resto de los trabajadores tras la finalización del contrato.

**SEGUNDO.-** La sentencia recurrida considera que no concurre el silencio positivo al entender que la petición indemnizatoria realizada por el recurrente no puede entenderse iniciadora de un procedimiento a instancia del interesado, sino inserta y derivada del cese ordenado por la Administración. Frente a ello opone el recurrente que con la decisión de cese se consumió el procedimiento iniciado por la Administración, siendo su reclamación autónoma y distinta respecto del procedimiento de cese.

Lo primero que hemos de señalar es que, como se indica en la sentencia, no tiene sentido hablar de una reclamación autónoma. La actora apoya su alegación en el hecho de que el primero de los documentos que figuran en el expediente es su escrito de fecha 4 de octubre de que se califica de "reclamación previa administrativa", pero a los folios 5 a 45. del expediente figura toda la documentación del nombramiento de 26 de noviembre de 2014; la documentación del nombramiento de 23 de mayo de 2008 y la documentación del cese de 11 de septiembre de 2016, así como la correspondiente a trienios y modificación de denominación del puesto.

Señala también el recurrente que, dado que la solicitud indemnizatoria se calificó como recurso de alzada (y se resolvió por Orden de 2 de agosto de 2017) el recurso se resolvió fuera de plazo y por ello opera la ficción del art. 24.1 párrafo 3º inciso final de la Ley 39/2015. Pero lo que dice esa norma es que cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado. Y en el presente caso, el escrito que se calificó como recurso de alzada no se interpuso contra un acto presunto sino contra la diligencia de cese, como acabamos de indicar.

**TERCERO.-** La razón de fondo por la que la sentencia de primer grado rechaza la petición es la que se expone en su FD Tercero

*Por lo demás, la demanda, a nuestro entender, debe ser desestimada y debe serlo precisamente en función de lo establecido en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de Junio 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.*

*Debe ponerse de relieve que la Cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco, según la cual:*

*Principio de no discriminación (cláusula 4)*

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.

*Incluye una prohibición de tratar, por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos equiparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas, y el apartado 4, de dicha cláusula, enuncia la misma prohibición por lo que respecta a criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo.*



Así:

*Cabe recordar, que según reiterada Jurisprudencia, el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferentes situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado ( Sentencia de 11 de julio de 2006 , TJCE, 2006, 193).*

*Esta es precisamente la causa o el motivo por el que la demanda deberá ser desestimada, ya que la recurrente pretende como "comparables" situaciones que no lo son en absoluto. Decimos esto, porque podría pretenderse que se hiciese efectivo el principio de no discriminación exigible según la Directiva, si la recurrente fundase sus pretensiones en un discriminación del personal funcionario interino, o estatutario temporal, con los funcionarios de carrera o estatutario fijo, pero no cuando se compara la situación de este personal funcionario interino o estatutario temporal, con la de un empleado laboral, aunque lo sea en el ámbito de una Administración Pública. La razón no es otra que la propia naturaleza del nombramiento y la normativa que le es de aplicación a su desarrollo y extinción, normativa ésta que debe aplicarse de forma igualitaria a todos los nombramientos de la misma naturaleza, sean fijos o eventuales, en relación a las condiciones objetivas de trabajo.*

*En el caso, y estando ante un nombramiento de naturaleza interina, que no laboral, el recurrente pretende una comparación con los nombramientos de carácter y naturaleza laboral, olvidando que la comparación, en su caso, procedería con las condiciones objetivas de trabajo aplicables a los funcionarios titulares o de carrera, funcionarios éstos, que tampoco tienen derecho a una indemnización por cese, en los términos planteados por la parte recurrente.*

*Como ya hemos dicho, la propia cláusula 4ª, del apartado 1 del Acuerdo Marco, que hemos expuesto más arriba, resalta al consagrar el "Principio de No Discriminación" que no puede tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada, de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, insistimos, **fijos comparables**, no siendo el supuesto, cuando como es el caso, la comparación se pretende con "fijos no comparables" que vienen vinculados a la Administración por un contrato de naturaleza laboral, y no administrativo, como es el caso, sin que además, exista discusión sobre este punto.*

*A nuestro entender, la parte recurrente parte de una interpretación no conforme a Derecho de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Septiembre de 2014, y de la de 14 de septiembre de 2016.*

*En el mismo sentido que aquí se resuelve, se manifiestan -por todas- la Sentencia del TSJ de Madrid, de 20 de junio de 2017 , del Juzgado de lo Contencioso administrativo de Madrid de 26 de junio de 2017, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Barcelona, de 25 de mayo de 2017, y del Juzgado número 13, del mismo foro, de 8 de junio de 2017.*

*Este Juzgado, dictó Sentencia en procedimiento 216/2013-AB, estimando la demanda, en relación al paso a segunda actividad de un Policía Local, en la que la Administración demandada, partiendo de que la normativa de aplicación, exigía un determinado período de tiempo, 25 años en la situación de servicio activo (y otras situaciones administrativas), y que dicha situación administrativa de conformidad con lo establecido en los artículos 85 y 86 de la Ley 7/2007 , es exclusiva de los funcionarios sin ser predicable del personal laboral, denegaba las peticiones del recurrente por entender que sólo cabía computar como periodo a tal efecto, el transcurrido desde que el solicitante aprobó el preceptivo proceso selectivo, dejando de ser personal laboral, convirtiéndose en funcionario titular.*

*En ese caso, el Juzgado mantenía que la Cláusula 4, apartado 1 del Acuerdo Marco-también aquí- incluye una prohibición de tratar por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos equiparables, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas, y el apartado 4, de dicha cláusula, enuncia la misma prohibición por lo que respecta a criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo.*

*En dicho supuesto, el Juzgado entendió que debía tenerse en cuenta el período en que el Guardia Urbano, había desarrollado una actividad idéntica a la que desarrolló una vez obtenido su nombramiento funcional, pese a que la misma hubiera tenido lugar a través de una relación laboral, teniendo presente que finalmente en el afectado en el momento de la decisión, concurría la situación exigible de ser funcionario titular o funcionario de carrera, y en ese caso, sí podría entenderse discriminatorio, atendida la especialidad del mismo, no computarle los años de servicio previos, ya que realmente, se insiste, en el momento de la decisión el interesado era funcionario de carrera, por lo que, en definitiva, nos encontrábamos ante términos comparables, sin que nos constara una normativa de aplicación específica, que impidiera expresamente dicho cómputo.*

*Esta es precisamente la diferencia que existe en el presente caso, en relación al allí resuelto. En éste, no estamos comparando términos equiparables (es decir, trabajadores con un contrato de duración determinada, con trabajadores fijos equiparables). Por el contrario aquí, el recurrente personal funcionario de carácter temporal*



*hasta su cese, pretende que en dicho momento, se le apliquen las consecuencias aplicables al personal que hasta su cese, ha mantenido con la Administración una relación de carácter o naturaleza laboral, que no funcionarial.*

*Pretende en suma, que se le apliquen las consecuencias de una relación laboral que no ha existido, y acumular, en definitiva, las consecuencias beneficiosas para el mismo, de las diferentes relaciones de servicio existentes con la Administración.*

*En definitiva, la demanda no puede estimarse ya que, se pretende la aplicación de*

*un derecho que no tiene el término comparable, y si se accediese, se llegaría a la situación de que al recurrente, funcionario interino, se le estarían aplicando dos normativas diferentes, por tratarse de situaciones diferentes, y gozaría, tanto de los aspectos más positivos de la una y de la otra, (tendría derecho a trienios o al complemento por antigüedad que le corresponda, del que gozan los funcionarios titulares y de carrera) y a una, permítasenos, "indemnización por despido" (derecho del que no gozan los funcionarios titulares y de carrera), lo que debe llevarnos a la íntegra desestimación de la demanda.*

La actora insiste en su recurso en que, con arreglo a la normativa comunitaria, le corresponde la indemnización que reclama.

**CUARTO.-** Es cierto que, de acuerdo con el principio de no discriminación contenido en la cláusula 4ª del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, cuya aplicación es decidida por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 <<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 que la aplicación de tal principio por el TJUE ha dado lugar a la supresión de ciertas distinciones de trato de que eran objeto los trabajadores interinos en España, como ocurrió singularmente en el caso **Diego Porras I** (C-596/2014), y la cuestión es determinar si el cese producido sin indemnización implica o no una discriminación vedada por la directiva como sostiene el actor, o si por el contrario tal discriminación no se produce por existir una razón objetiva que sirve de justificación para la diferencia de trato, como sostiene la sentencia apelada.

Pues bien, en el nombramiento como funcionario interino del actor de fecha 23 de mayo de 2008 (folio 26 del expediente) se especificaba que:

<<Este nombramiento tiene carácter temporal, quedando sin efecto cuando se provea por los procedimientos legalmente establecidos, cuando se considere que han cesado las razones de necesidad o urgencia que motivan su nombramiento o por amortización del puesto>>.

Y en la diligencia de baja de 12 de septiembre de 2016 consta como causa de la baja:

<< Fin de la interinidad por haber sido adscrito al puesto un funcionario de carrera>>.

La cuestión es, por tanto, determinar si no reconocer una indemnización al funcionario interino nombrado para desempeñar un puesto de trabajo hasta su provisión por funcionario de carrera cuando se produce su cese porque tal provisión de produce implica o no una diferencia de trato vetada o si por el contrario se halla amparada por la excepción de deberse a causas objetivas.

El problema que aquí se nos plantea es idéntico al resuelto en sentencia de esta misma Sala y Sección de fecha 19 de junio de 2018 (recurso 60/2018), de modo que la misma solución debemos dar ahora. En esa ocasión dijimos:

*La cuestión de si la indemnización fijada en la legislación española por expiración de los contratos temporales constituye una discriminación contraria a la cláusula 4, apartado 1 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 ha sido objeto de diversas cuestiones prejudiciales comunitarias que han dado lugar a los asuntos C-677/16, **Montero Mateos**; y C-574/16, Grupo Norte.*

*En la primera se pregunta al TJUE si es acorde con la Directiva que no se halle prevista indemnización alguna para el caso en que expire el contrato de interinidad por razón de cobertura definitiva del puesto; y en la segunda si lo es que se halle prevista una indemnización diferente para el caso de expiración del contrato de relevo por transcurso del tiempo previsto en él y para el caso de que se produzca la extinción de la relación laboral indefinida por la concurrencia de causas objetivas.*

*En la misma línea se han producido las cuestiones que han dado lugar a los asuntos C-212/17, Rodríguez Otero; y C-619/17, De **Diego Porras II**, esta última planteada por la Sala de lo Social del TS, en la que se pretende una reformulación de la doctrina sentada en el asunto C-596/14, De **Diego Porras I**, mediante auto de fecha 21 de octubre de 2017, en el que somete al TJUE como cuestión a responder, entre otras las siguiente:*



<<¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad, para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido, y, por el contrario, sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causa legalmente tasadas?>>

Pues bien, las dos primeras cuestiones prejudiciales ( C-677/16 , **Montero Mateos**; y C-574/16 Grupo Norte) han sido ya respondidas por el TJUE mediante sendas sentencias de 5 de junio de 2018, y, en lo que aquí interesa, la dictada en el asunto **Montero Mateos** , ha concluido que:

<<La cláusula 4, apartado 1, 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, 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>>.

Así las cosas, como quiera que la base de pedir se sostenía en la tesis contraria que afirmaba que sí era contraria a la directiva de constante mención la falta de una indemnización para el caso extinción del contrato por razón de la cobertura definitiva de la plaza ocupada interinamente, y que el juzgador de primer grado mantuvo el criterio ahora establecido por la decisión del TJUE, procede el rechazo del recurso de apelación.

**QUINTO.**- Las costas se rigen por el art. 139 LJCA, pero la existencia de doctrina jurisprudencial contradictoria, y las diferentes respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas imponen la exclusión del criterio objetivo del vencimiento.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

**VISTAS** las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2017, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado Contencioso nº 4 de Zaragoza en el P.A. 41/2017.

Confirmar dicha resolución

No hacer imposición de las costas del recurso

Decretar la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución podrá interponerse recurso de casación, en los supuestos previstos en los artículos 86 y siguientes de la LJCA, redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio, que se preparará ante esta Sala, en el plazo de 30 días, previo cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 89 del citado texto legal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al correspondiente Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, celebrando la Sala audiencia pública, en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.