



Roj: **STSJ AR 1168/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:1168**

Id Cendoj: **50297330022018100280**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **30/10/2018**

Nº de Recurso: **63/2018**

Nº de Resolución: **346/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN SAMANES ARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA 000346/2018

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

MAGISTRADOS

D^a CARMEN SAMANES ARA

D. IGNACIO MARTINEZ LASIERRA

En Zaragoza, a 30 de octubre 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 2 de Zaragoza con el número 161/17, rollo de apelación número **63/18 B**, a instancia de la parte apelante D^a **Irene**, representada por el Procurador D. Luis Alberto Fernández Fortún y defendida por el Letrado D. Luis Alfonso Rox Guallar; contra el **AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA**, apelado en esta instancia, representado por la Procuradora D^a Sonia Salas Sánchez y defendido por la Letrada D^a María Altolaigurre Abril, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a CARMEN SAMANES ARA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 22 de enero de 2018, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Zaragoza, dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Que debo desestimar y desestimo en su totalidad el recurso interpuesto por Irene contra la resolución desestimatoria presunta del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 22-3-2017 que revocó el nombramiento de la recurrente, Tarsila (sic), en el desempeño temporal de la plaza **NUM000** de Operario Especialista del Ayuntamiento de Zaragoza con efectos de 23-3-2017, con restablecimiento de la situación, reponiendo al recurrente al puesto, con abono de las cantidades dejadas de percibir desde el cese hasta que se produzca la reposición, y

pidiendo, subsidiariamente, la indemnización por despido de 20 días de servicio por año trabajado desde el nombramiento hasta el cese, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso."

SEGUNDO. Notificada dicha sentencia a las partes, por el Letrado indicado 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 19 de marzo de 2018 fue designado Ponente del presente procedimiento el Ilmo. Sr. D. Fernando García Mata, 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 16 de octubre 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 24 de octubre 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.- Dª Irene apela la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda que interpuso contra la desestimación por silencio administrativo de la reposición que hizo valer contra el decreto de 22 de marzo de 2017 de la Consejería de servicios públicos y personal del Ayuntamiento de Zaragoza que revocaba su nombramiento de fecha 5 de diciembre de 2003 y la cesaba en el desempeño temporal de la plaza nº NUM000 de operario especialista, con fecha de finalización de la relación contractual el día 23 de marzo de 2017.

En su demanda pedía con carácter principal la anulación del acuerdo de revocación y cese, y subsidiariamente una indemnización por cese de la relación laboral de 20 días por año trabajado a computar entre el 12 de diciembre de 2003 y el 23 de marzo de 2017.

En apoyo de la petición principal alegaba que como quiera que el proceso selectivo a resultados del cual fue nombrado un funcionario en propiedad para la plaza que ocupaba fue anulado en virtud de recurso jurisdiccional, había desaparecido la causa de la revocación de su contrato y cese, que era precisamente ese nombramiento en propiedad.

Su petición subsidiaria se fundaba en la prohibición de discriminación por razón del carácter temporal de la relación laboral establecida en la Directiva comunitaria 1999/70/CE, conforme a la interpretación de la misma que se contiene en las SSTJUE dictadas en los casos C-184/2015, C-197/2015 y C-596/2014.

La razón por la que la sentencia de primer grado rechaza la petición principal radica en que de los procesos selectivos convocados en el año 2015 en ejecución de las OOEPE acumuladas 2006-2009-2015, convocados los días 30 de abril de 2015 y 30 de octubre de 2015, tan solo fue anulado el último de ellos, cuando la cobertura de la plaza nº NUM000 ocupada por la actora fue convocada y adjudicada en la resolución del primero, encontrándose la misma incluida en las 21 plazas del Anexo al Decreto de 14 de octubre de 2016.

La petición subsidiaria es rechazada porque el cese se ha producido por causas objetivas contempladas ya en el nombramiento como causa de cese, supuesto que no daría lugar a derecho alguno de indemnización; se rechaza asimismo en la sentencia la comparación con los trabajadores laborales temporales al tratarse de situaciones diferentes.

La actora insiste en su recurso en ambas pretensiones, e impugna la sentencia en cuanto a la primera discutiendo la conclusión en ella alcanzada de que la plaza que ocupaba era precisamente la nº NUM000 cuya cobertura en propiedad fue resuelta en el proceso selectivo que mantuvo su vigencia; y en cuanto a la segunda, insistiendo en que con arreglo a la normativa comunitaria le corresponde la indemnización que reclama.

SEGUNDO.- Pese a lo que sostiene la Administración recurrida, no es cierto que el recurso se limite a reproducir los argumentos expresados en la demanda con olvido de los razonamientos dados en la sentencia recurrida para rechazarlos. Por el contrario, a lo largo del escrito del recurso se dan los argumentos con los que se trata de desvirtuar los expresados en la sentencia, por lo que no es de aplicar la doctrina jurisprudencial que se invoca en la oposición a la apelación, en la que, recordando el carácter revisor del recurso de apelación, sostiene que procede la desestimación del recurso en todo caso en que éste no sea sino una reproducción del debate habido en la primera instancia (STSJ Aragón, secc. 1ª, nº 580/2008, o la dictada por esta sala en el recurso de apelación nº 123/2013).

En lo que atañe a la petición principal, la recurrente afirma que no existe dato objetivo alguno que acredite que la plaza por ella ocupada era la nº NUM000, y que en todo caso su inclusión dentro de la convocatoria de 30 de abril de 2015 (OEP de 2006 y 2015) se ha llevado a cabo de una forma unilateral y arbitraria.

No es cierto que no haya documento acreditativo de que la plaza ocupada por la actora fuera la nº NUM000, pues tal como se indica en la sentencia, consta en autos (folio 185) el certificado aportado por el Ayuntamiento conforme al que la plaza con dicha numeración fue efectivamente ocupada por aquella.



Y ni la asignación de dicha plaza nº NUM000 al actor, ni su inclusión entre las convocadas el día 30 de abril de 2015 fueron impugnada en su día, por lo que son actos consentidos firmes que no pueden ser cuestionados ahora en esta vía jurisdiccional (art. 28 LJCA).

En consecuencia, procede la confirmación de la sentencia en este punto.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la petición subsidiaria, 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, sin que haya sido alegada tan siquiera una situación de abuso de la contratación temporal que es la práctica contra la que reacciona la directiva.

Pues bien, en el nombramiento como funcionaria interina de la actora de fecha 12 de diciembre de 2003 se especificaba que:

<<La duración de este nombramiento será conforme a lo dispuesto en la DA primera del RD 896/1991, de 7 de junio hasta que las plazas se provean por funcionario de carrera o la Corporación considere que han cesado las razones de urgencia que motivan la cobertura interina>>.

Y en el acuerdo de cese impugnado de 22 de marzo de 2017 se explica que:

<<El cese se produce por cuanto concurre conforme a lo dispuesto en el punto segundo del decreto de nombramiento, la provisión del puesto de trabajo de OPERARIO/A ESPECIALISTA del servicio de Servicio de Servicios Sociales por funcionario de carrera como consecuencia de la finalización del proceso selectivo convocado para el ingreso a la condición de funcionario de carrera plaza/categoría de OPERARIO/A ESPECIALISTA y consiguiente provisión del puesto de trabajo tras el pertinente concurso de adjudicación de puestos de trabajo previsto en la base novena punto dos de la convocatoria>>.

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.

La cuestión de si 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.

CUARTO.- 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 22 enero 2018, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado Contencioso nº 2 en el PA 161/2017.

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.