



Roj: **STSJ CLM 1059/2019 - ECLI:ES:TSJCLM:2019:1059**

Id Cendoj: **02003330022019100222**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **29/03/2019**

Nº de Recurso: **11/2019**

Nº de Resolución: **95/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RICARDO ESTEVEZ GOYTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10095/2019

Recurso Apelación núm. 11 de 2019

Toledo

S E N T E N C I A Nº 95

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATI VO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Ricardo Estévez Goytre

D. Jesús Martínez Escribano Gómez

En Albacete, a veintinueve de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **11/19** del recurso de Apelación tramitado por el Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona seguido a instancia de **DOÑA Tarsila , DON Abel Y DOÑA Virginia** , representados por la Procurador Sra. Almansa Nueda y dirigidos por el Letrado D. Juan Carlos García de Diego, contra el **SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM)** , que ha estado representado y dirigido por el Sr. Letrado de la Junta, y con la intervención del **MINISTERIO FISCAL** , sobre **CONCURSO DE TRASLADOS** ; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la Sentencia de 5 de noviembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de los de Toledo , recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo nº 216/2018, sustanciado por los trámites del Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona.



Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

" Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de doña Tarsila , don Abel y doña Virginia , contra la Resolución del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) de fecha 29-12-2017, por la que se convoca un concurso de traslados para la provisión de plazas de personal estatutario en dicho organismo público, en las categorías de personal sanitario no facultativo y personal de gestión y servicios, resolución administrativa que confirmo por considerar que en la misma no se vulneran los derechos fundamentales invocados por los recurrentes; con expresa imposición de las costas a los recurrentes, respecto a las causadas al SESCAM, que no podrán superar la cantidad de 900 euros para todos los conceptos " .

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 25 de marzo de 2019 a las 12 horas; llevada a cabo la misma, y al sostener dos Magistrados que el recurso de apelación había de ser desestimado y otros dos que con anterioridad a cualquier pronunciamiento había de plantearse cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la cuestión que se plantea en el recurso, con fecha 27 de marzo se dictó Providencia disponiendo completar la Sala con el Magistrado D. Jesús Martínez Escribano Gómez. Una vez completada la Sala se procedió de nuevo a la votación y fallo del asunto, quedando los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestima el recurso contencioso-administrativo con fundamento en la Sentencia nº 100/2018, de 25 de mayo, dictada en el recurso 183/2017, de esta Sala y Sección.

Tras la transcripción de los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto de la aludida Sentencia y puntualizar que la aplicación, por razón de unidad de criterio, de los razonamientos expuestos en dicha sentencia, impide apreciar las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas, concluye, a la vista del caso examinado, diciendo que "(...) aunque es cierto que dicha sentencia cuenta con un voto particular en el que se erige en causa principal de la disensión la falta de planteamiento de la oportuna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sin embargo esta juzgadora no estima oportuno el planteamiento de la cuestión, que nuevamente se interesa por los recurrentes, por considerar que en el supuesto planteado no se está planteando trato diferente alguno de los proscritos- "salvo por razones objetivas"- en la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre el trabajo de duración determinada, porque los recurrentes son ya trabajadores fijos y lo que están interesando en realidad es que se compute nuevamente -con ocasión de un concurso de traslados entre iguales- la experiencia como interinos que ya ha sido valorada o considerada precisamente para el acceso a dicha condición, compartiendo el criterio de la sentencia transcrita en cuanto se concluye en ella que el tiempo de interinaje no debe seguir valorándose después a efectos de concursos internos, so pena de provocar un efecto de desigualdad proscrito por el art. 14 CE, siendo razón objetiva suficiente al efecto la diferente forma de acceso a los puestos de interino o de titular, que implicaría una experiencia menos valiosa en el caso del interino " .

SEGUNDO.- La cuestión nuclear que se plantea en el recurso de apelación consiste en que los servicios prestados al SESCAM es tiempo trabajado con independencia de cuál sea la relación administrativa, fija o temporal, porque, básicamente, también los interinos accedieron a la Administración pública por mérito y capacidad.

Se queja la parte apelante de que la Sentencia apelada se dicta por unidad de criterio, pero que, amparándose en las omisiones y en las propias contradicciones interpretativas existentes, así como en la laguna jurídica que se crea en el tiempo meritable entre que se aportan los méritos en la convocatoria que se aprueba y la toma de posesión en el mismo trabajo, que no figuran en ningún apartado, sigue el voto particular de la Sentencia que utiliza el Juzgado por el no planteamiento de la cuestión prejudicial que, según dicha parte, ha de ser planteada en este caso, pues siempre será mejor para la mejor solución del asunto tener los mayores elementos de formación de criterio, siendo uno muy importante la posibilidad que tiene este Tribunal de plantear la cuestión para ir aclarando uno de los pocos temas que el TJUE apenas ha tratado.

A ello opone el Letrado de la Junta que los funcionarios de carrera superan la totalidad del proceso selectivo y los interinos no, pues los interinos o temporales normalmente se seleccionan entre candidatos que no han superado todas las pruebas de un proceso selectivo, o mediante convocatoria ad hoc de bolsas donde solo se valoran méritos de tiempo trabajado o de formación, pero sin necesidad de aprobar ejercicios teóricos, o pruebas con menos ejercicios o de menor dificultad, cuando, por razones de urgencia, se requiere la rápida



selección de candidatos acudiendo, en algunas ocasiones, a otro tipo de pruebas selectivas. Luego, si bien es cierto que cumplen algunas ratios de mérito y capacidad, esas ratios se miden entre ellos, entre los propios interinos, y lógicamente no son un término de comparación adecuada con los funcionarios de carrera; y si ese tiempo trabajado de los funcionarios interinos o de los estatutarios temporales ya se ha valorado para el propio acceso a la función pública en la condición de fijo, sería discriminatorio para los fijos en un concurso de traslados, como proceso de concurrencia competitiva de entre personal fijo, se les vuelva a valorar el tiempo trabajado como interinos. Y respecto a la invocación que se hace genéricamente a la jurisprudencia del TJUE en relación con la Directiva 1999/70/CE, es lo cierto que dicha doctrina se está matizando constantemente.

Centrado así el objeto del debate en esta apelación, entendemos que el recurso ha de ser desestimado, por los mismos argumentos que se exponen en la sentencia de instancia, que, acogiendo el criterio de esta misma Sala y Sección, plasmado en sentencias de 30 de junio de 2017 (recurso de apelación 210/2016) y de 25 de mayo de 2018 (recurso de apelación 183/2017), desestima el recurso contencioso-administrativo. Sentencia a la que solo hemos de añadir que esta Sala y Sección se ha pronunciado nuevamente, en las recientísimas sentencias de 10 de diciembre de 2018 (recurso de apelación nº 184/2017) y de 4 de febrero de 2019 (recurso de apelación 232/2017). En esta última, acogiendo los fundamentos de la mencionada Sentencia de 30 de junio de 2017, se dice lo siguiente (F. D. Quinto):

" Por todo ello, aplicando la doctrina anteriormente expuesta y muy especialmente la que emana de la STS de 9 de junio de 2014, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia apelada para desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D.ª ..., contra la resolución de la Dirección Gerencia de Atención Integrada de Cuenca de fecha 22-XII-16, por resultar ajustada a derecho. Consideramos que no existe vulneración del principio de mérito y capacidad porque la resolución recurrida no valore como tales a los efectos de movilidad interna horizontal el tiempo trabajado como interino por la demandante dentro de la misma categoría y función (enfermera interina), existiendo razones objetivas a que se refiere la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada para esa diferencia de trato, sin vulnerar la Directiva 99/70 y la STJUE de 11/9/2011. De una parte porque al haber accedido a la carrera haciendo valer tal mérito en el correspondiente concurso oposición se estaría dando lugar a un doble cómputo de los mismos -en demérito de los demás funcionarios-; y, de otra, porque entendemos que no cabe equiparar la experiencia del trabajador interino que no acreditó su mérito y capacidad en un proceso selectivo con la de mejor calidad de quien si los tenía en mayor medida según pruebas objetivas superando el proceso selectivo y acreditando así su mérito y capacidad y que se verían preteridos en el concurso de traslado ".

No obstante, como quiera que la parte apelante insiste en que la Sala plantee cuestión prejudicial ante el TJUE " para la adecuada interpretación auténtica de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, Reglamento 1777/1999 ", tal pretensión ha de ser igualmente desestimada por los mismos argumentos ya recogidos en la Sentencia de 30 de junio de 2017, en la que motivábamos la improcedencia del planteamiento de la cuestión en los siguientes términos: " De una parte porque al haber accedido a la carrera haciendo valer tal mérito en el correspondiente concurso oposición se estaría dando lugar a un doble cómputo de los mismos -en demérito de los demás funcionarios-; y, de otra, porque entendemos que no cabe equiparar la experiencia del trabajador interino que no acreditó su mérito y capacidad en un proceso selectivo con la de mejor calidad de quien si los tenía en mayor medida según pruebas objetivas superando el proceso selectivo y acreditando así su mérito y capacidad y que se verían preteridos en el concurso de traslado ".

En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación.

TERCERO.- En materia de costas procesales, en base a lo previsto en el artículo 139, apartado segundo de la ley jurisdiccional, las costas deben imponerse a la parte recurrente. No obstante, lo anterior, las dudas sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, como lo pone de manifiesto la existencia de un voto particular suscrito por dos de los Magistrados que componen la Sección, justifican su no imposición.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

- 1.- Desestimamos el recurso de apelación.
- 2.- No hacemos pronunciamiento de condena en costas.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, debiendo hacerse mención en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL ILTMO. SR. D. Jaime Lozano Ibáñez RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE APELACIÓN Nº 184/2017 ; AL CUAL SE ADHIERE LA ILMA. SRA. PRESIDENTA DE SALA D.^a Raquel Iranzo Prades.

1. Con todo respeto hacia el parecer de mis compañeros, debo manifestar mi discrepancia con la sentencia dictada. En esencia, entiendo que los razonamientos contenidos en la misma solo deberían haberse realizado tras el oportuno planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y que dependerían de la respuesta que dicho Tribunal hubiera dado a la citada cuestión.

2. Aunque el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea solo establece como obligatorio el planteamiento de la cuestión prejudicial para los tribunales cuyas decisiones no admitan recurso interno, y no es este el caso, de modo que para nosotros es facultativa, entiendo no obstante que, haciendo uso de tal posibilidad facultativa, la Sala debería haber planteado la cuestión prejudicial. Y ello porque se está asumiendo una interpretación del Derecho de la Unión que -a mi juicio- presenta graves dudas sobre su compatibilidad con la interpretación que de tal Derecho ha hecho la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10 Rosado Santana.

3. El precepto interpretado es la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre el trabajo de duración determinada, que dice: "*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*".

En concreto, la interpretación a que me refiero como conflictiva es la relativa a cuál sea la concreción de las "razones objetivas" que puedan justificar un "trato diferente" en la valoración, a efectos de concursos internos de provisión de vacantes entre funcionarios públicos de carrera, del tiempo que, antes de ser funcionario de carrera, se pudiera haber servido como interino.

4. De acuerdo con la STJUE de 8 de septiembre de 2011, para que se pueda dejar de valorar, en los citados concursos, una experiencia del tipo de la que se acaba de indicar, es preciso que se den las "razones objetivas" a que alude el art. 4.1. La clave de la cuestión es cuáles sean o puedan ser tales "razones objetivas" y en concreto si la que toma la sentencia de instancia como tal, lo es realmente.

5. El TJUE deja claro, de manera negativa, que tales razones objetivas nunca pueden consistir en la mera referencia al carácter temporal del desempeño.

6. Más delicada es la cuestión de si la STJUE caracteriza con precisión, de manera positiva, y de forma cerrada o no, cuáles puedan ser esas "razones objetivas".

7. EL TJUE sí deja claro que una razón objetiva válida siempre podría ser una comparación de las distintas "tareas" desempeñadas -caso de en efecto fueran distintas- por el funcionario interino y por el de carrera; esto es, las "características inherentes" a tales tareas (parágrafo 80).

8. Respecto a la cuestión de si la STJUE deja margen para identificar otras "razones objetivas", distintas de la referencia a las tareas realizadas, hay que indicar que el Tribunal señaló que de los autos remitidos no se deducía si existían o no "otras justificaciones vinculadas a los requisitos objetivos de las plazas" (parágrafo 82) y "en consecuencia" señaló en el parágrafo 83 que correspondía al tribunal nacional determinar si "las alegaciones formuladas por la Consejería ante él constituyen razones objetivas en el sentido de la cláusula 4 apartado 1". Hay que señalar que tales alegaciones están recogidas en el parágrafo 25 y que parece que no se refieren claramente a las tareas de las plazas. De modo que puede interpretarse que el TJUE admite que pueden existir razones objetivas no relativas necesariamente a la comparación de las tareas desempeñadas que pudieran llegar a constituir "razones objetivas". A favor de esta interpretación podría citarse también lo que se dice por ejemplo en la reciente sentencia TJUE 21 de noviembre de 2018, asunto C 619/17 , donde se han reconocido circunstancias objetivas distintas a las de la comparación de tareas, que justifican una diferencia de trato. En la misma sentencia se indica, además: "*Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar, en el sentido del Acuerdo Marco, debe comprobarse si, en virtud de las cláusulas 3, apartado 2, y 4, apartado 1, de este, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que estas personas se encuentran en una situación comparable (sentencia de 5 de junio de 2018, **Montero Mateos**, C 677/16 , EU:C:2018:393 , apartado 51 y jurisprudencia citada)"; y también:*



" Según jurisprudencia igualmente reiterada, este concepto requiere que la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro (sentencia de 5 de junio de 2018, **Montero Mateos**, C 677/16 , EU:C:2018:393 , apartado 57 y jurisprudencia citada) "

9. Ahora bien, la sentencia también puede interpretarse (como hace por ejemplo la STSJ Galicia 11/02/2015 rec. 430/2014) en el sentido de que las únicas razones objetivas posibles son las que se refieren a la naturaleza de las tareas, y que lo que remite el TJUE al tribunal nacional es la determinación de si en el caso concreto de autos hubo realmente diferencias en las tareas desempeñadas en su día por el interino y las desempeñadas por los funcionarios de carrera.

10. La sentencia de la mayoría entiende en su FJ 5º que efectivamente puede haber razones objetivas, distintas de las referidas a las tareas de los puestos, que justifiquen la no valoración del mérito, tales como el hecho de que para acceder a plaza de titular se valoró ya como mérito el tiempo de interinaje, de modo que no debe seguir valorándose después a efectos de concursos internos, so pena de provocar un efecto de desigualdad proscrito por el art. 14 CE ; o la diferente forma de acceso a los puestos de interino o de titular, que implicaría una experiencia menos valiosa en el caso del interino.

11. Considero tales razones como de sumo interés y en principio susceptibles de justificar la decisión tomada. Ahora bien, creo que implican una interpretación del concepto de "razones objetivas" de la cláusula 4.1 que como mínimo es dudoso que quepa dentro del marco establecido por la STJUE de 8 de septiembre de 2011, según se ha razonado más arriba. Por eso pienso que no debería haberse tomado esta decisión sin antes plantear la cuestión prejudicial europea, justamente pensada para los casos en que el Tribunal tenga dudas.

Que los firmantes de la sentencia mayoritaria estén convencidos de la bondad jurídica de su posición, convencimiento con el que puedo coincidir sin problemas, no impide apreciar que objetivamente la cuestión es dudosa, aunque solo sea porque la STJUE no es del todo clara, como ya hemos dicho, a la hora de establecer con precisión si hay razones distintas de las relativas al análisis de las tareas de los puestos que puedan justificar la diferencia de trato.

12. Es cierto que la STJUE remitió la decisión a los tribunales nacionales (parágrafo 83). Pero entiendo que lo hizo porque en autos no constaban elementos suficientes para decidir, según expresamente indicó el Tribunal. Una vez acotado y reducido el campo en la STJUE de referencia, creo que es posible volver a preguntar al TJUE acerca de si el concepto de "razones objetivas" puede incluir aspectos no relativos a las tareas de los puestos y en concreto si las razones dadas por la sentencia de la mayoría se encuentran entre tales razones, o no.

En Albacete a veintinueve de marzo de dos mil diecinueve.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ricardo Estévez Goytre, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a veintinueve de marzo de dos mil diecinueve.