

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 14 de Madrid

C/ Gran Vía, 19, Planta 3 - 28013

45042670

NIG: 28.079.00.3-2017/0011857

Procedimiento Abreviado 205/2017

Demandante/s: Dña. [REDACTED]

LETRADO Dña. [REDACTED]

Pº: GRAL. MARTINEZ CAMPOS, 13- 1º DCHA., C.P.:28010 MADRID (Madrid)

Demandado/s: AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

AUTO

En Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil dieciocho.

Vistas por Doña Ana Monreal Díaz, Magistrada-Juez sustituta del Juzgado Contencioso Administrativo nº 14 de Madrid, las presentes actuaciones PA 205/2017 seguidas a instancia de [REDACTED] defendida por la Letrada Doña [REDACTED] contra el AYUNTAMIENTO DE MADRID, dicta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR:

Como cuestión previa, y a los efectos procedentes, poner en conocimiento V.E. que se ha planteado por esta Juzgadora cuestión prejudicial en fecha 30 de enero de 2018, en Procedimiento Abreviado 193/2017 en el JCA nº 8 de Madrid, y que algunas de las dudas enunciadas en el referido auto se mantienen en este procedimiento, no reproduciéndolas para no ser reiterativos, pero siendo consciente que su respuesta también determinará e influirá en el presente recurso contencioso.

I.- OBJETO DEL LITIGIO

Doña [REDACTED], estuvo prestando servicios para el Ayuntamiento de Madrid, en el Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, mediante nombramiento como funcionaria interina, con la categoría de Oficial de Jardinería, Grupo C2, desde el 24 de noviembre de 2005 al 15 de abril de 2013.

Presenta escrito con fecha 20 de febrero de 2017 ante el Ayuntamiento de Madrid, interesando el reconocimiento y pago de la correspondiente indemnización, a razón de 20 días de salario por año trabajado. Su reclamación se apoya en 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, Cláusulas 4ª y 5ª y Art. 20 y 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Art. 4.3 del Tratado de la Unión.

Por Resolución de fecha 25 de abril de 2017, el Director General de Recursos Humanos de la Gerencia de la Ciudad del Ayuntamiento de Madrid, desestima la solicitud de indemnización, alegando que la plaza ocupada por la recurrente se encontraba vacante, siendo su cobertura de urgente e inaplazable necesidad; que el cese se produce al ser ocupado su puesto por un funcionario de carrera y que no existe discriminación alguna con respecto a los funcionarios de carrera, ya que éstos en ningún caso reciben indemnización por la extinción de su relación funcional, de conformidad con la aplicación de su régimen jurídico.

Se procede, en el curso de este litigio, a dar un específico trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal en relación con la necesidad o pertinencia de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial.

II.- BREVE RELATO DE HECHOS

No son cuestionados, ni controvertidos los siguientes extremos:

- La recurrente, Doña [REDACTED] fue nombrada funcionaria interina, como Oficial de Jardinería por el Ayuntamiento de Madrid Plaza nº 44340152/2016, nivel de ingreso 16.
- Desempeñó las funciones inherentes a este puesto desde el 24 de noviembre de 2005 al 15 de abril de 2013.
- El nombramiento se realiza para el desempeño, con carácter interino de una plaza vacante, especificándose en el mismo, que lo será hasta que la plaza sea cubierta por un funcionario de carrera, por alguno de los sistemas previstos reglamentariamente; que la plaza sea amortizada, cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido; o cuando la Administración considere que ya no existen las razones de urgencia que motivaron la cobertura interina.
- Se fijan que las retribuciones a percibir serán las básicas que correspondan al puesto de trabajo que desempeñe, **excluyendo los trienios** en concepto de antigüedad, así como las retribuciones que **estén vinculadas a las condiciones de funcionario de carrera**.
- Durante este periodo de tiempo Doña [REDACTED] desempeñó sus funciones, en el mismo puesto de trabajo, de forma constante y continuada, siendo estas funciones, idénticas a las realizadas por el personal funcionario de carrera.
- Con fecha 15 de abril de 2013, se le comunica diligencia de cese, *toda vez que su puesto ha sido provisto por funcionario de carrera en el día de la fecha*.

En otro orden de cosas se debe precisar que:

- Por la Administración demandada no se prueba que en este periodo existiera ninguna convocatoria para la provisión de puestos de trabajo.
- Ni tampoco prueba que se hubiera aprobado ninguna oferta pública de empleo en los 7 años que estuvo trabajando.
- Se desconoce si la cobertura de la plaza, lo fue por medio de promoción interna, concurso, oposición u otro proceso de selección.
- Tampoco se acredita la urgencia e inaplazable necesidad que ocasiona su nombramiento.
- Ni se acredita la razón por lo que la plaza estaba vacante.

III.- DERECHO NACIONAL

1.- NORMATIVA NACIONAL APLICABLE AL OBJETO DE DEBATE

A) Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

Disposición Adicional Primera: *“Previo convocatoria pública y con respeto, en todo caso, de los principios de mérito y capacidad, el Presidente de la Corporación podrá efectuar nombramientos de personal funcionario interino para plazas vacantes siempre que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera. Tales plazas habrán de estar dotadas presupuestariamente e incluidas en la oferta de empleo público, salvo cuando se trate de vacantes realmente producidas con posterioridad a la aprobación de ésta.*

El personal funcionario interino deberá reunir los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso a las correspondientes Escalas, subescalas y clases como funcionarios de carrera. Se dará preferencia a aquellos aspirantes que hayan aprobado algún ejercicio en las pruebas de acceso de que se trate.

Las plazas así cubiertas, deberán incluirse necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo o en la primera oferta de empleo público que se apruebe.

El personal interino cesará cuando la plaza se provea por funcionario de carrera o la Corporación considere que han cesado las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina.”

B) Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, norma de aplicación subsidiaria.

Artículo 8. Concepto y clases de empleados públicos: “1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:
 - a) Funcionarios de carrera.
 - b) Funcionarios interinos.
 - c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
 - d) Personal eventual.”

Artículo 10. Funcionarios interinos. “1. Son funcionarios interinos los que, por razones **expresamente justificadas de necesidad y urgencia**, son nombrados como tales **para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera**, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) **La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.**
 - b) **La sustitución transitoria de los titulares.**
 - c) **La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.**
 - d) **El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.**
2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
 3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.
 4. **En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.**
 5. **A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera. (...)**

Artículo 70. Oferta de empleo público: “1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos

selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la Oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.”

Disposición transitoria cuarta. Consolidación de empleo temporal.

“1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.”

2.- NORMATIVA NACIONAL (NO APLICABLE AL OBJETO DE DEBATE) SOBRE INDENMIZACION AL TRABAJADOR QUE RIGE EN CONTRATOS DE TRABAJO SOMETIDO A DERECHO LABORAL.

- **El artículo 15.6 del ET establece:** *«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. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.*

(...))»

Extinción del contrato por causas objetivas legalmente procedentes (Art. 49.1 l) ET), se entiende aquéllas que se enumeran en el Art. 52 ET: «a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (...). b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables (...). c) **Cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1** y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, (...). e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate (...))».

Las causas de extinción del contrato previstas en el Art. 51.1 ET son las «económicas, técnicas, organizativas o de producción».

El régimen indemnizatorio de la extinción del contrato de trabajo se establece en atención a cada tipo de causa de extinción del mismo:

a) Para la extinción de los contratos temporales por razón de la finalización de la temporalidad que los justificaba: Art. 49.1 c) ET (12 días al año);

b) Para la extinción de todos los contratos de trabajo por despido improcedente: Art. 56 ET; es de 45 días de indemnización por año trabajado, hasta el 11 de febrero de 2012 y de 33 días por año, a partir del 12 de febrero. Fecha en la que se aprobó la Reforma Laboral.

La Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012 de 6 de Julio que aprobó la Reforma Laboral, establece: *“La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.”*

c) Para la extinción de los contratos por causas objetivas (Art. 52 ET), 20 días de salario por año trabajado, con máximo 12 mensualidades (Art. 53 ET).

- En nuestro Derecho nacional interno, la trasposición de la Directiva 1999/70/CE se ha producido a través del Art. 15 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, recientemente sustituida por el nuevo Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre, que se refiere únicamente a los TRABAJADORES EN RÉGIMEN LABORAL, estableciendo:

“3. Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley. (...)”

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. (...)”

*Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.
(...)”*

La Disposición adicional decimoquinta Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas:

“1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

2. *No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”.*

El artículo 15 y esta disposición adicional, excluye de forma expresa su aplicación a los contratos de interinidad sujetos al derecho administrativo dentro del sector público (funcionarios interinos), como es el caso de la recurrente, exclusión expresa que se realiza en la redacción del precepto dada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

IV.- DISPOSICIONES COMUNITARIAS E INTERNACIONALES

1. Tratado de la Unión Europea. Artículo 4: “(...) Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”

2. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Art. 151 y 153:

Artículo 151: “La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el dialogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, (...).”

Artículo 153: “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

- a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;
- b) las condiciones de trabajo;
- c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;
- d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral;”

3. Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 23: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.”

4. Carta Social Europea. PARTE I: “Las Partes Contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes: 2. Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas.”

5. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Artículos 20 y 21, derecho a la igualdad y no discriminación por cualquier causa y Artículo 31.- Condiciones de trabajo justo y equitativo.

El artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE), «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

6. Integrados dentro de la Organización Internacional del Trabajo, Convenios ratificados por el gobierno de Español, Convenios que son instrumentos destinados a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican:

- ✓ C094 - Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94) (Entrada en vigor: 20 septiembre 1952)

Artículo 2.1: "Los contratos a los cuales se aplique el presente Convenio deberán contener cláusulas que garanticen a los trabajadores interesados salarios (comprendidas las asignaciones), horas de trabajo y demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región."

- C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) (Entrada en vigor: 15 junio 1960)

Artículo 2: "Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto."

Artículo 3: Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a (...)

(c) derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política; (...);"

- ✓ C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) (Entrada en vigor: 23 noviembre 1985)

"Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional."

Artículo 2: 1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas.

2. Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: (a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; (b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; (c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración."

(De forma expresa el Gobierno Español no eliminó del ámbito del convenio a ninguna categoría de empleado).

3. Se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio.

Sección E. Indemnización por fin de Servicios y Otras Medidas de Protección de los Ingresos:
Artículo 12.1. "De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores;"

V.- DIRECTIVA COMUNITARIA SOBRE LA QUE SE DUDA EN LA FORMA DE INTERPRETACIÓN

El Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a 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

Considerando lo que sigue:

(1) *Tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, las disposiciones del Acuerdo sobre la política social anexo al Protocolo sobre la política social, a su vez anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea modificado por el Tratado de Ámsterdam, han sido incorporadas a los artículos 136 a 139 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea;*

(2) *Los interlocutores sociales, de conformidad con el apartado 2 del artículo 139 del Tratado, pueden pedir conjuntamente la aplicación de los acuerdos a nivel comunitario mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión;*

(3) *El punto 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores prevé, entre otras cosas, que "la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada";*

El artículo 1 de la Directiva 1999/70 explica que ésta tiene por objeto «aplicar el Acuerdo Marco [...] que figura en el anexo, celebrado [...] entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES)».

El artículo 2, párrafo primero, de la Directiva dispone lo siguiente: «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva [y deberán adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]»

La cláusula 1 del Acuerdo Marco señala que éste tiene por objeto «mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación» y «establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada».

La cláusula 2, «Ámbito de aplicación», dispone que el Acuerdo Marco se aplica «a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.»

La cláusula 4 enuncia el principio de no discriminación y establece lo siguiente: «1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.»

La cláusula 5, titulada "Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva", establece:

"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, los estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán, de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales. (...)"*

VI.- ALEGACIONES DE LAS PARTES SOBRE EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

1.- La parte recurrente solicita del Juzgador que se plantee la cuestión prejudicial en aras a la no discriminación en las condiciones de trabajo, siendo necesario clarificar el principio de no discriminación en relación a los efectos de la extinción de la relación de trabajo, siendo necesario aclarar la equiparación del personal funcionario de carrera y el personal interino no laboral, no teniendo el primero entre sus condiciones de trabajo la indemnización por el cese, ya que esta posibilidad no existe, tratándose, por lo tanto, de situaciones distintas. Se debe acudir al personal laboral temporal que en su comparación con el personal laboral fijo si goza de este derecho de indemnización. Se debe partir que se están cubriendo necesidades permanentes, no existiendo medidas sancionadoras, ni efectivas para disuadir del uso de la contratación temporal (cláusula 5ª).

2.- El Ayuntamiento de Madrid se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE, argumentando que no existe norma alguna que establezca el derecho a ser indemnizado como consecuencia del cese en los funcionarios de carrera, no puede predicarse pues, vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

Las situaciones contempladas en la sentencia del TJUE son diferentes, la naturaleza del vínculo que une al funcionario, bien sea de carrera, interino o eventual, es totalmente diferente a la que une al trabajador, sea fijo o de duración determinada.

3.- El Ministerio Fiscal, invocando la Instrucción 1/2016, de 17 de enero, de la Fiscalía General del Estado, no dictamina sobre la cuestión prejudicial europea solicitada por la parte actora, argumentando que no es parte en el presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RAZÓN DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y DETERMINACIÓN DE LAS DISPOSICIONES COMUNITARIAS CUYA INTERPRETACIÓN SE DUDA.

Como declara la Sentencia de TJUE de 6 de octubre de 1982, CILFIT y otros, 283/81, apartados 11 a 20, existen dos excepciones a esta regla general u obligación de plantear cuestión prejudicial al TJUE, si bien, como todas las excepciones, de interpretación restrictiva:

1) En primer lugar, si la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo.

2) En segundo lugar, cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario se imponga, con tal evidencia, que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución a la cuestión suscitada, en el bien entendido de que el Juez debe llegar a la convicción de que la solución se impondría igualmente, con la misma evidencia, a los Órganos judiciales de los demás Estados miembros, así como al propio Tribunal de Justicia.

En el presente supuesto no existe acto claro, ni aclarado, existiendo además riesgo de “divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión”, así se considera procedente, plantear cuestión prejudicial, por las siguientes razones:

- Aplicable a nuestro Derecho, sobre derecho a indemnización tras el cese, se dicta **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Décima), de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-596/14**, pero la recurrente era personal contratada interina en régimen laboral.
- Se plantean por los Tribunales las siguiente **cuestiones prejudiciales sobre la materia de indemnización** del trabajador temporal tras el cese, pero todas ellas son relativas a contratación del sector público sometida al derecho laboral:
 - Auto TS 25 de octubre 2017 (rec. 3970/2016).

- Auto TSJ Galicia 5 de abril 2017 (rec. 4812/2016).
 - Auto JS núm. 2 Terrassa 26 de enero 2017.
 - Auto JS núm. 33 Madrid 21 de diciembre 2016.
 - Auto TSJ Galicia 2 de noviembre 2016 (rec. 2279/2016).
- Existen, en esta materia sobre la procedencia o no procedencia de indemnización tras el cese del funcionario interino, dictadas numerosas sentencias que llegan a distintas conclusiones, sobre parecidos o idénticos supuestos, así :
 - **Sentencias Estimatorias del derecho de indemnización del funcionario interino sujeto al derecho administrativo. Aplicación doctrina “Diego Porrás”:** - SJC-A Bilbao núm. 5 de 8 de noviembre 2017 (núm. 177/2017); - SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 (núm. 120/2017); - SJC-A Barcelona núm. 9 de 17 de octubre 2017 (núm. 202/2017); - SJC-A A Coruña núm. 2 de 30 de junio 2017 (núm. 120/2017).
 - **Sentencias Desestimatorias a este derecho de indemnización:** - STSJ C-A Madrid 27 de octubre 2017 (rec. 390/2017); - SJC-A Ourense núm. 1 de 29 de septiembre 2017 (rec. 94/2017); - SJC-A Ferrol núm. 1 de 30 de octubre 2017 (núm. 138/2017); - STSJ C-A Madrid 22 de septiembre 2017 (rec. 137/2017); - SJC-A Lugo núm. 2 de 7 de noviembre 2017 (núm. 260/2017); - STSJ C-A Madrid 26 de junio 2017 (rec. 516/2016); - STSJ C-A Madrid 20 de junio 2017 (rec. 511/2016); - SJC-A Barcelona núm. 4 de 25 de mayo 2017 (núm. 100/2017); - SJC-A Barcelona núm. 13 de 8 de junio 2017 (núm. 136/2017); - SJC-A Santiago Compostela núm. 2 de 5 de mayo 2017 (núm. 152/2017); -SJC-A A Coruña, núm. 3 de 9 de mayo 2017, núm. 91/2017).
 - **Aplicando la doctrina “Martínez Andrés/Castrejana López” estimando la indemnización como sanción:** -STSJ\C-A Cyl/Valladolid 22 de diciembre 2017 (rec. 485/2017); - SJC-A Pontevedra núm. 1 de 20 de noviembre 2017 (núm. 22/2017); -STSJ\C-A Galicia 7 de junio 2017 (rec. 71/2017); - SSTSJ Galicia\C-A (2) 14 de junio 2017 (rec. 72/2017 y 92/2017); - STSJ\C-A Galicia 21 de marzo 2017 (rec. 395/2016); - STSJ\C-A Galicia 1 de febrero 2017 (rec. 320/2016); - SSTSJ\C-A País Vasco (2) 12 de diciembre 2016, Sentencia JC-A núm. 2 A Coruña 30 de diciembre 2016 (rec. 139/2016); **Sentencia revocada por la STSJ C-A Galicia 31 de octubre 2017 (rec. 192/2017).**
 - **No aplicación doctrina “Martínez Andrés/Castrejana López”:** - STSJ C-A Galicia 31 de octubre 2017 (rec. 192/2017); - STSJ C-A Madrid 27 de octubre 2017 (rec. 390/2017); - SANCA 6 de abril 2017 (rec. 7/2017); - STSJ\C-A 17 de octubre 2017 (rec. 1186/2016); - SJC-A Ferrol núm. 1 de 30 de octubre 2017 (núm. 138/2017); - STSJ\C-A Galicia 19 de julio 2017 (rec. 162/2017); - STSJ\C-A Galicia 1 de febrero 2017 (rec. 337/2016).
 - Son de destacar las razones que se esgrimen en algunas de ellas, para rechazar este derecho, por todas la Sentencia N° 161/2017, Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ourense, Sección 1, rec. 94/2017 de 29 de Septiembre de 2017 que dice:

“(…) En este punto, ha de precisarse con carácter preliminar que es fundamental distinguir la situación de los trabajadores al servicio de empresarios o entidades privadas no dependientes de Administraciones públicas, de los empleados en el sector público. A los primeros la contratación temporal abusiva o fraudulenta sólo les causa perjuicio. La conversión de su contrato en indefinido constituye una sanción o estímulo idóneo para que el empresario cese en esa práctica irregular compensándose al mismo tiempo de manera equitativa al trabajador afectado.

Sin embargo, cuando se trata de trabajadores temporales al servicio de Administraciones o entidades dependientes de éstas la perspectiva cambia de una manera radical porque, como regla general, reciben un beneficio con la prolongación irregular de su vínculo temporal. La obtención de un puesto de trabajo fijo en el sector público o de funcionario de carrera requiere en todo caso de la previa superación de un procedimiento selectivo conforme a los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público- RD Leg. 5/2015, de 30 de octubre-). Con la prolongación irregular de su contrato temporal el trabajador consigue permanecer en la Administración sin haber superado esas pruebas, vulnerando los referidos principios constitucionales y perjudicando a los que legítimamente aspiran a acceder a esos puestos con carácter definitivo en concurrencia competitiva. En esta provincia de Ourense se ha convertido en práctica habitual, sobre todo en las Administraciones locales, la prolongación artificiosa y premeditada de contrataciones temporales

para transformarlas en indefinidas de facto sin que se haya superado la preceptiva oposición. Supuestos en los que el trabajador es un 'beneficiario' más que una 'víctima' de la contratación irregular (varios alcaldes y concejales se hallan procesados ante la jurisdicción penal por esta causa). La sanción al empresario (AAPP) debería consistir en una obligación de hacer (convocar y resolver urgentemente el procedimiento selectivo de concurrencia competitiva), en una multa o incluso en una imputación penal. Pero no en la mera conversión del contrato en indefinido, ni en el pago de una indemnización al trabajador, que por lo general habrá obtenido un beneficio con la prolongación irregular de su empleo en la Administración sin tener que superar una oposición, con el correlativo perjuicio al interés público y al de los terceros que legítimamente aspiran a ese mismo puesto."

- La necesidad del planeamiento de la cuestión prejudicial se ve también reforzada en cuanto la Directiva, cuya incompatibilidad con la normativa nacional se cuestiona, es el **único fundamento jurídico de la demanda presentada**.

Y todo ello sobre la base de la obligación que pesa sobre los Juzgados y Tribunales, de conseguir el resultado previsto por la Directiva mediante una interpretación prevalente de la norma comunitaria frente a la nacional, tal como la propia norma nacional (LO 7/2015 de 21 de julio que modifica la LOPJ añadiendo el Art. 4 bis, según el cual "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

Los preceptos concretos sobre los que se pretende obtener respuesta a cuál es la correcta interpretación son, los Artículos 1 y 2 y las Cláusulas 1ª, 2ª, 4ª y 5ª de la Directiva 1999/70/CE sobre las siguientes consideraciones.

SEGUNDO. - CONSIDERACIONES GENERALES

Primero.- Partiendo que el objetivo de la Directiva es poner en práctica el Acuerdo Marco que se celebró el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general. Y que en el Acuerdo Marco se establecen los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada mediante la creación de un marco general para garantizar la igualdad de trato de los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación (...).

Y que «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva [y deberán adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la presente Directiva. [...]»

Y de su preámbulo cuando dice: El punto 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores prevé, entre otras cosas, que "la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada".

Y teniendo presente los artículos 20, 21 y 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que recogen los derechos de igualdad, no discriminación y condiciones de trabajo justas y equitativas), derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas que se reitera en la Carta Universal de Derechos Humanos y Convenios Internacionales.

Y que la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales, de aplicación directa a nuestro Derecho.

Segundo.- Atendiendo que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición de Derecho de la Unión debe tenerse en cuenta no sólo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.

Con arreglo a la cláusula 1, letra a), del Acuerdo Marco, el objeto de dicho Acuerdo es, entre otros, «mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación». Este objeto debe interpretarse en el marco del objetivo establecido en el artículo 151 TFUE, promover el empleo y mejorar las condiciones de trabajo.

Tercero.- Entendiendo, tal como lo entiende la doctrina del TJUE que inserta en la expresión «condiciones de trabajo» la indemnización que el empleador debe abonar a un trabajador por la extinción de su contrato de trabajo de duración determinada. Formando parte este en el conjunto de derechos y obligaciones que definen la relación de servicio entre el empleado público y su empleador.

TERCERO.- CUESTIONES PREJUDICIALES QUE SE PLANTEAN

Las cuestiones que se plantean, lo serán diferenciando dos situaciones:

- A) Las derivadas de contratos de duración determinada “**regulares**”, entendiéndose por tales en los que no se denuncia o existe abuso en ese tipo de contratación.
- B) Las derivadas de contratos de duración determinada “**irregulares**”, entendiéndose por tales en los que existe abuso en la contratación temporal.

A) La derivadas de contratos de duración determinada “REGULARES”.

1º En el Derecho nacional, la condición de funcionario de carrera y pérdida de esta condición sólo se produce por: cese voluntario, pérdida de la nacionalidad, jubilación, sanción disciplinaria de separación del servicio, pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.

El funcionario de carrera carece del derecho a indemnización por cese, ya que esta posibilidad no existe, la nota característica del funcionario de carrera es la fijeza.

El recurrente funcionario interino desempeño durante más de 7 años las mismas funciones que realiza un funcionario de carrera.

En puridad, el funcionario de carrera, término de comparación, no goza del derecho que para sí reclama el funcionario interino.

Por esta Juzgadora se concluye que esta situación que se describe no tiene cabida en la Cláusula 4º del Acuerdo Marco y de la discriminación que proscribe.

2º Esta conclusión se patentiza en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, de forma clara establece:

“A este respecto, es preciso recordar que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco incluye una prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

64. Según reiterada jurisprudencia, 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 (...).

65. Sobre este particular, ha de precisarse que el principio de no discriminación se ha aplicado y concretado mediante el Acuerdo Marco únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable (...).

66. En cambio, una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, como la que señala el juzgado remitente, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcional o laboral, no está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco.

67. Esta diferencia de trato sólo podría estar incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación establecido en la cláusula 4 del Acuerdo Marco en el supuesto en que el juzgado remitente debiera declarar que trabajadores con una relación de servicio por tiempo indefinido y que realizan un trabajo comparable perciben una indemnización por extinción de la relación, mientras que esta indemnización se deniega al personal estatutario temporal eventual.”

Y por tanto también y en un principio, se concluye por esta Juzgadora que tampoco tiene cabida en la Cláusula 4º del Acuerdo Marco la comparación de funcionario interino y en personal contratado por la administración en régimen laboral, al ser ambos personal con contratación temporal.

La primera cuestión a plantear sería: ¿Es correcta la interpretación que se hace de la Cláusula 4º del Acuerdo Marco, al entender que una situación como la que se describe, en que el funcionario interino realiza el mismo trabajo que el funcionario de carrera; funcionario de carrera que no goza de derecho de indemnización (porque la situación de la que traería causa no existe en su régimen jurídico), no es encuadrable en la situación que en la misma se describe?

3º Sin perjuicio de lo anterior y sobre las base de las siguientes consideraciones:

- Teniendo en cuenta 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 (...)* y que el Acuerdo Marco, tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida.
- Y también debiendo tenerse en cuenta que el puesto de trabajo de jardinero, que es al que se refiere el supuesto objeto de recurso puede ser desempeñado con normalidad en nuestras Administraciones Públicas tanto por personal funcionario como por personal laboral.
- Y la elección de un régimen funcional o laboral, sólo depende de la voluntad del empleador público.
- Y considerando igualmente que la mera temporalidad de la relación no excluye ese derecho a la indemnización que nos ocupa, pues dicha exclusión contradice el principio de igualdad sobre el que se asienta la Directiva y el Acuerdo Marco a salvo de condiciones objetivas que amparen esa exclusión, condiciones objetivas que no pueden ser la mera temporalidad, ni las causas de cese, ni la ausencia de previsión legal en el ordenamiento nacional de dicha indemnización.
- No realizando la administración demanda alegato alguno a la existencia de una causa objetiva, ya que niega el propio derecho a la indemnización, sobre la inexistencia de este derecho en el funcionario de carrera. Se parte (por el Ayuntamiento de Madrid) que las diferencias introducidas legalmente, comportan que la situación de los funcionarios interinos con la de los funcionarios de carrera no sean comparable; de lo cual deducen que las diferencias en el régimen de derechos o condiciones de trabajo están justificadas, sin necesidad de entrar a considerar si existen razones objetivas basadas en la temporalidad que justifiquen tal diferencia de trato.
- Se cuestiona esta Juzgadora que si al tratarse de un principio general de la UE, el principio de no discriminación (CDFUE Art. 20 y 21), y proceder la aplicación directa vertical, predicable del «Derecho originario europeo», integrado por los Tratados, la CDFUE y los principios generales que el TJ atribuye cualidad de constitucionales; Así el TJUE en las sentencias 22/11/2005, asunto «Mangold»; 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci»; 13 Septiembre 2011, asunto «Prigge» y STJUE 19 abril 2016 caso «Dansk Industri», ha considerado que cuando una Directiva concreta un Derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación corresponde a los Jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el

Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio.

La segunda cuestión por tanto sería: ¿ Es conforme con el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE la interpretación que se hace para así conseguir sus objetivos, al tratarse el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación de un principio general de la UE concretado en una Directiva, (art.20 y 21 CDFUE), artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y considerarse derechos sociales fundamentales, artículo 151 y 153 del TFUE que, el derecho a la indemnización del funcionario interino puede alcanzarse, ya sea desde la comparación al trabajador laboral temporal, ya que su condición (funcionarial o laboral) sólo depende del empleador público o bien mediante la aplicación directa vertical predicable al Derecho originario Europeo?

B) Las derivadas de contratos de duración determinada “IRREGULARES”

Reiterar la consideración previa: Esta Juzgadora es consciente que la respuesta que se dé a la cuestión primera del auto de fecha 30 de enero de 2018, determinará la inclusión, o no, del supuesto en la cláusula 5ª.

Así como que, la congruencia con el petitum de la demanda, limitará la indemnización en el presente recurso en cuantía no superior a 20 días de salario por años trabajado.

Pero la inclusión, por el recurrente, como base a la indemnización de la cláusula 5ª, entendiéndose que existe abuso, hace necesario introducir su consideración.

1º Se debe acudir al supuesto concreto de la relación en que se encontraba la recurrente, que durante más de 7 años desarrollo en relación de interinidad, cubriendo una vacante, nombramiento que se hizo por razones de urgencia e inexcusable necesidad.

En este marco, esta Juzgadora, una vez comprobadas y estudiadas las disposiciones de la norma nacional controvertida en el litigio principal, llega a concluir:

- El empleador público desnaturaliza la condición de funcionario interino, utilizando esta fórmula para satisfacer necesidades permanentes, manteniéndose esta situación en el tiempo de manera injustificada.
- No existe razón objetiva, ni razón de política social; su uso no responde a una necesidad o problemática temporal y transitoria.
- El empleador público es el que elige la forma de contratación, en el supuesto presente la labor a desempeñar tanto lo puede ser mediante contratación laboral o administrativa.
- Lleva a cabo contratación como funcionario interino, privando así a dichos trabajadores de derechos reconocidos a un funcionario de carrera (trienios, complemento de carrera profesional,...) y negándole por el tipo de contratación los derechos derivados de la contratación pública sometida a derecho laboral (indemnización).
- Los límites normativos contenidos para evitar la prolongación de la temporalidad, que en un principio pudiera entenderse como límite que evitaría el abuso (Art. 10 y 70 del EBEP) no se cumplen.
- Tampoco se cumple la exigencia legal de incluirse necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo.
- Se perpetúa la situación desfavorable de los trabajadores temporales. No existe previsibilidad de finalización del contrato de interinidad, nos hallamos ante un contrato sujeto a término resolutorio incierto; acudiendo a su nombramiento recordemos que este se puede producir por:
 - Hasta que se cubra por un funcionario de carrera por alguno de los sistemas previstos reglamentariamente.
 - La plaza sea amortizada.
 - Cuando se extinga el derecho a reserva de puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido.
 - Cuando la Administración considere que ya no existen las razones de urgencia que motivaron la cobertura interina

- Se excluye normativamente, toda posibilidad de que los límites, y las consecuencias de su incumplimiento exigibles al empleador privado, o predicables a la contratación en el sector público en el ámbito laboral, sean aplicables a este sector público sometido al derecho administrativo.
- La normativa y jurisprudencia aplicable impiden que, salvo la superación del proceso selectivo, se adquiera la condición de funcionario de carrera.
- La Disposición Transitoria cuarta del EBEP, es el único precepto que pudiera articular una vía para el cumplimiento de los objetivos de la Directiva, pero se configura como facultad que depende de la voluntad del empleador público (infractor), postura avalada por el TJUE, que tal como tiene declarado no existe obligación de la administración de efectuar convocatorias de consolidación de empleo.
- Tampoco su conversión en la figura consagrada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de indefinido no fijo, que declara como sanción al fraude la conversión del trabajador como indefinido no fijo, en cuanto permite la amortización de la plaza, o su cese cuando ésta fuera ocupada por un funcionario de carrera, con lo que el trabajador vería extinguida su relación sin la consecución de la estabilidad que es el objetivo esencial del Acuerdo Marco. Nos encontraríamos ante la sustitución de temporalidad por más temporalidad. Llegando esta Juzgadora, a la misma conclusión que el Juez del Juzgado de lo Social nº 1 de Granada, pero dentro del ámbito de la contratación sometida derecho administrativo y considera que la conversión de la relación de duración determinada en una relación indefinida no fija, no es una sanción eficaz conforme con el Acuerdo Marco, para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada, (Auto del TJUE-Sala 8ª, de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C-86/14).

En definitiva no existe causa objetiva, ni medida efectiva para evitar el abuso, ni medida dirigida a evitarlo o sancionarlo.

2º Se hace necesario entroncar con el auto planteando cuestión prejudicial dictado de fecha 30 de enero de 2018, con la idea de ampliar las consecuencias, a la existencia del abuso en la contratación temporal, y al constatar que no existe causa objetiva, sanción, ni límites en nuestro Derecho nacional, determinar las que puedan cumplir con el objetivo que marca la Directiva Comunitaria.

Por ello, tal como queda reflejado en mi auto de 30 de enero de 2018 y recordando que el TJUE señala:

- Como se desprende del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo Marco, **el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores**, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias.
- Por consiguiente, la cláusula 5ª, apartado 1º, del Acuerdo Marco impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes.
- De ese modo, la cláusula 5ª, apartado 1º, del Acuerdo Marco asigna a los Estados miembros un **objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo**, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco.

Se tiene presente también que el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe, no obstante, la existencia de abusos, y que corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación. Medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco.

Y que a falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, **tales modalidades no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la**

práctica o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

Se partía de las conclusiones del Abogado General de la Unión Europea, presentadas el 26 de octubre de 2017, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-494/16, en las que el Abogado General de la UE manifiesta, que (i) si se produce tal utilización abusiva, deben poder aplicarse medidas que permitan sancionar tales abusos (apartado 26); (ii) que la Directiva 1999/70 determinaría la transformación de la relación temporal sucesiva en una relación fija o indefinida, si la normativa interna no contiene medida efectiva para evitar y sancionar el uso abusivo por un empleador del sector público de la relación temporal sucesiva (apartado 28); (iii) que la transformación en un solo contrato por tiempo indefinido, permitiría sancionar dicho abuso y borrar sus consecuencias de manera duradera, independientemente del momento en que se produjo (apartado 62); (iv) y que la sanción ante el abuso tiene que tener un efecto realmente disuasorio, respetando el principio general de proporcionalidad, de modo que en ningún caso cabe considerar una sanción simbólica como constitutiva de una aplicación correcta y eficaz del Acuerdo Marco.

Y del supuesto que se dio en sentencia del TJUE de 4 de julio de 2006, Asunto C-212/04, Caso «Adeneler», 106 (...) el Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata, no contiene en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido, una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador y deben considerarse abusivos.

Sin perjuicio de entender que la conversión del trabajador en estable, como sanción es la única que cumpliría con los objetivos que marca la Directiva, esta Juzgadora constata que es infrecuente que la diferencia de trato se produzca en la legislación laboral, porque se transpuso la Directiva al ET en el año 2001; Pero dada la falta de transposición (o tan defectuosa que no se encuentra de qué forma se produjo) sólo se puede acudir a los criterios interpretativos, y así la duda que se plantea en tercer lugar es la posible indemnización como sanción, (Cláusula 5ª del Acuerdo Marco).

Y una sanción que sólo se aplica en nuestro Derecho para el despido improcedente, cumpliría los requisitos de ser proporcional y efectiva, además de la necesidad de ser disuasoria. Para así "(...) cuando se ha producido un uso abusivo de sucesivos contratos laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho comunitario".

En este punto, la tercera cuestión prejudicial que se plantea es la siguiente: Atendiendo, en su caso, a la existencia de abuso en la contratación temporal, dirigida a satisfacer necesidades permanente, sin que exista causa objetiva, contratación ajena a la urgente y perentoria necesidad que la justifica, sin que exista sanción o límites efectivos en nuestro Derecho nacional ¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no dé fijeza al trabajador, una indemnización, equiparable a la de despido improcedente, y que esta indemnización sirviera como sanción adecuada, proporcional, eficaz y disuasoria?

PARTE DISPOSITIVA

Se formulan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud del Art. 267 TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

PRIMERA.- ¿Es correcta la interpretación que se hace de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, al entender que una situación como la que se describe, en la que el funcionario interino realiza el mismo trabajo que el funcionario de carrera, (funcionario de carrera que no goza de derecho de indemnización porque la situación de la que traería causa no existe en su régimen jurídico), no es encuadrable en la situación que en la misma se describe?

SEGUNDA.- ¿Es conforme con el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE la interpretación que se hace para así conseguir sus objetivos, al tratarse el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación de un principio general de la UE concretado en una Directiva, (Art. 20 y 21 CDFUE), artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y considerarse derechos sociales fundamentales, artículo 151 y 153 del TFUE que, el derecho a la indemnización del funcionario interino puede alcanzarse, ya sea desde la comparación al trabajador laboral temporal ya que su condición (funcionarial o laboral) sólo depende del empleador público o bien mediante la aplicación directa vertical predicable al Derecho originario Europeo?

TERCERA.- Atendiendo, en su caso, a la existencia de abuso en la contratación temporal, dirigida a satisfacer necesidades permanentes, sin que exista causa objetiva, contratación ajena a la urgente y perentoria necesidad que la justifica, sin que exista sanción o límites efectivos en nuestro Derecho nacional ¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva 1999/70/CE, como medida para prevenir el abuso y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, en caso de que el empleador no de fijeza al trabajador, una indemnización, equiparable a la de despido improcedente, indemnización como sanción adecuada, proporcional, eficaz y disuasoria?

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que esta resolución es firme y que no cabe contra el mismo recurso alguno

Queda suspendido, en la fase que se encuentra de dictado de sentencia, el presente proceso, hasta que sean resueltas las anteriores cuestiones prejudiciales planteadas.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la “Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Rue du Fort Niedergrunewald L-2925, Luxemburgo” y al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General de Poder Judicial REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea.

Así lo acuerdo, mando y firmo, Ana Monreal Díaz, Magistrada-Juez Sustituta del Juzgado de lo Contenciosos Administrativo nº 14 de Madrid.

LA MAGISTRADA-JUEZ

DILIGENCIA.- La extiendo yo el Letrado de la Admón. de Justicia para hacer constar de conformidad con el artículo 204.3 LEC que en esta fecha se une a las actuaciones el Auto que antecede que ha sido firmado por la Magistrada- Juez de este juzgado. Doy fe."

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

La autenticidad de este certificado se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación:1239549987407273411177

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 14 DE MADRID
C/ Gran Vía, 19 , Planta 3 - 28013
Tfno:

NIG: 28.079.00.3-2017/0011857

Procedimiento: Procedimiento Abreviado 205/2017

Notificación telemática de la resolución 139663310_Auto planteando cuestión prejudicial art 267 TFUE (antiguo 234 TUE) de fecha 16/02/2018 dentro del archivo comprimido 139663310_Auto planteando cuestión prejudicial art 267 TFUE (antiguo 234 TUE).zip que se anexa.

En Madrid, a veintitrés de febrero de dos mil dieciocho.