



Roj: **STSJ M 5238/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:5238**

Id Cendoj: **28079340062017100433**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/05/2017**

Nº de Recurso: **87/2017**

Nº de Resolución: **436/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

ROLLO Nº: RSU 87/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO

J zdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 04 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 964/2016

RECURRENTE:CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

RECURRIDOS: D^a Fátima

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a ocho de mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA** , **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A Nº. 436

En el recurso de suplicación nº **87/2017** interpuesto por el Letrado LETRADO DE COMUNIDAD AUTONOMA en nombre y representación de **CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **04** de los de MADRID, de fecha **3 de noviembre de 2016** , ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **964/2016** del Juzgado de lo Social nº **04** de los de Madrid, se presentó demanda por D^a Fátima contra **CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA**



COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **3 DE NOVIEMBRE DE 2016** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" Que estimo la demanda por despido improcedente interpuesta por D^{ÑA}. Fátima contra CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de fecha 30 de septiembre de 2016 del que el demandante fue objeto, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, así como a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 28.006,37 euros, conforme lo establecido en el fundamento de derecho noveno. Se advierte a la empresa demandada que de no optar por la indemnización lo hace por la readmisión. Si se produjese la readmisión se deberán abonar los salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución, en la cuantía de 51,81 euros por día".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"1º) La actora viene prestando servicios para la demandada en la Residencia de Mayores Reina Sofía, con la categoría de Auxiliar de Enfermería, una antigüedad de 2/07/2003, cubriendo de forma interina la vacante nº NUM001 vinculada a la oferta de empleo público correspondiente al año 2004, con un salario base mensual de 1.554,33 euros brutos, con inclusión de prorrateo de pagas extra (folios 14 a 32)

2º) La actora suscribió en fecha 2/07/2003 contrato de interinidad para cobertura de vacante con la demandada (folio 14), en cuya cláusula primera establece:

"El trabajador contratado ocupará provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los art. 13.2 y 3 del vigente Convenio Colectivo, la vacante número NUM001 de la categoría profesional AUXILIAR DE ENFERMERÍA vinculada a la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2004"

3º) Por escrito de la demandada de fecha 18/08/2016 (folio 15), se comunica a la actora lo siguiente:

"Por la presente se comunica a Fátima, con DNI NUM000 categoría Auxiliar de Enfermería, que debido a la adjudicación definitiva del NPT NUM001 que Vd. ocupa, derivada del proceso de consolidación de empleo recientemente resuelto, el próximo 30 de septiembre de 2016 será el último día de prestación de servicios en este Centro"

4º) Por Orden de 3/04/2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, se convoca proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D) (folios 54 a 56)

5º) Por resolución de 17/02/2012 de la Dirección General de Función Pública, se aprueban las relaciones definitivas de aspirantes admitidos y excluidos en el proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D), se publica la relación de excluidos y se anuncia la celebración del ejercicio de la fase de oposición del citado proceso selectivo (folios 57 a 67)

6º) Por resolución de 21/06/2016 de la Dirección General de Función Pública, se resuelve el proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D) (folios 548 a 565)

7º) Por resolución de 29/07/2016 de la Dirección General de Función Pública, se procede a la adjudicación de destinos correspondiente al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D), siendo adjudicado el NPT NUM001 a D^{ña}. Zaida (folios 580 a 589)".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 15 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Fátima fue contratada por la Comunidad de Madrid (en adelante "CM") el 2 de julio de 2.003, con contrato de interinidad, para ocupar la vacante NUM001. Esta plaza fue cubierta a través de un proceso extraordinario de consolidación de empleo, convocado por Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de 3 de abril de 2.009, cuya resolución en fecha 21 de julio de 2.016 dio lugar a que el 29 de ese mes el Órgano administrativo correspondiente adjudicase dicha plaza a D^a Zaida, notificando a la Sra. Fátima el cese de su relación laboral.



Ésta impugnó esa decisión mediante demanda en cuyo suplico pidió *"se tenga por interpuesta demanda en materia de despido y subsidiariamente reclamación de cantidad contra la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid y, previos los trámites legales pertinentes, dicte en su día Sentencia por la cual, estimándola (sic) misma, declare el derecho de la actora a su readmisión en las mismas condiciones en las que venía desarrollando su trabajo con anterioridad al cese, con abono de los salarios dejados de percibir o se proceda a la indemnización prevista en el ET para el despido improcedente o subsidiariamente se le abone la indemnización establecida por cese en contrato de tiempo cierto"*.

El Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid dictó sentencia el 3 de noviembre de 2016 en la que resolvió:

1º) Calificar la relación laboral existente entre las partes procesales como de carácter indefinido, por haber rebasado el plazo de 3 años, máxima duración que entendía permitida a tenor del art. 70 de la Ley 7/2007 .

2º) Determinar que el fin de esa relación laboral constituía despido.

3º) Descartar la nulidad de ese despido.

4º) Concluir que el despido era improcedente, atendiendo a la jurisprudencia iniciada a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2014 , de la que deducía que el fin de los servicios de la actora tenía que haberse articulado a través del cauce del procedimiento del art. 52 c) ET , con los requisitos formales establecidos a tal efecto, todo lo cual llevaba a entender que *"En el presente caso, no se ha indemnizado a la trabajadora conforme al apartado b) del art.53 del ET , ni se ha hecho constar alegación alguna a causa económica, y de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 de diciembre de 2005, Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 5470/2004 , el no cumplir el requisito implica la improcedencia del despido"*.

5º) Reconocer a la actora el derecho a percibir indemnización por despido improcedente calculada en los términos fijados en la disposición transitoria vigésima del ET , según redacción del RD Legislativo 3/2012; esto es, 45 días de salario por año trabajado respecto al tiempo de servicios previo a la entrada en vigor de dicha disposición y 33 días de salario por año trabajado a partir de dicha fecha.

La CM ha recurrido esa decisión, atacando los tres pilares básicos en los que se asienta: la duración que podía tener el contrato de interinidad de la actora, la concurrencia de causa legal para el fin de ese contrato y la inexistencia de derecho a indemnización derivada de esa extinción. Esas tres cuestiones son abordadas en sendos motivos de suplicación, que pasamos a analizar.

SEGUNDO.- El primero de ellos mantiene que la decisión de instancia no es acorde con la regulación del art. 70 L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante "EBEP "), en relación con la disposición final cuarta de la misma Ley , toda vez que este último precepto acordó que la entrada en vigor del EBEP se produjese el mes siguiente a su publicación (hecho que tuvo lugar en el BOE de 13 de mayo de 2007), de modo que las previsiones de su art. 70 no podían aplicarse retroactivamente a un contrato suscrito el 2 de julio de 2003, años antes de dicha entrada en vigor, y que entenderlo de otro modo supondría dar una retroactividad a la ley de referencia contraria a lo establecido en el art. 2.3 Cc . En consecuencia, en la fecha de suscripción del indicado contrato se aplicaba el art. 18 L 30/84, que no imponía ningún plazo determinado para convocatoria de plazas de cobertura pública. Es más el recurso sostiene que, en el supuesto de considerar aplicable el art. 70 EBEP , ello implicaría que a partir de la entrada en vigor de esta disposición existiría el deber de proceder a la convocatoria para cobertura de la plaza ocupada por la actora, lo cual se cumplió gracias a la citada Orden de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de 3 de abril de 2.009. En suma, el repetido art. 70 EBEP no permite entender en este caso que estemos ante una relación de carácter indefinido, apoyando esta afirmación con la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 .

En respuesta a estas alegaciones el escrito de impugnación de recurso se limita a decir que el contrato de la Sra. Fátima era indefinido de conformidad con el art. 70 L 7/2007.

Así pues, pasamos a examinar si el hecho de que el contrato de interinidad de referencia durase más de 3 años conlleva su conversión en indefinido por aplicación del art. 70 EBEP .

TERCERO.- Como punto de partida de ese examen hemos de resaltar de manera especial que la provisión de la vacante ocupada por la Sra. Fátima se produjo como consecuencia de la resolución del proceso extraordinario de consolidación de empleo señalado en los hechos declarados probados cuarto a sexto. La legalidad de este proceso no puede cuestionarse en este caso, ya que:

- Nada objetan al respecto la sentencia de instancia ni las partes procesales.

- Tampoco la jurisprudencia. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado varias resoluciones en litigios derivados de esa clase de procesos de provisión de puestos de trabajo de personal laboral de las



Administraciones públicas, según veremos en las sentencias que citaremos más adelante en los fundamentos octavo y noveno. Por su parte la Sala Tercera ha ratificado en varias ocasiones la competencia de la Comunidad de Madrid para celebrar convocatorias singulares de provisión de personal -funcionario y laboral-, conforme a las facultades de su Ley autonómica 1/86 (sentencias de 11 de febrero de 2009 -rec. 1299/05 - y 25 de febrero de 2009 -rec. 2372/05 -).

Sentado el presupuesto relativo al sistema de provisión seguido para cubrir la vacante ocupada interinamente por la actora, pasamos a razonar por qué entendemos que no se aplica en este caso la previsión de duración máxima de 3 años de la que habla el inciso final del art. 70.1 EBEP y, correlativamente, por qué no puede hablarse de contrato indefinido.

CUARTO.- El primer texto del EBEP fue aprobado por la Ley 7/2007, posteriormente derogado por 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, en vigor desde 1 de enero de 2015. No obstante, hay que destacar el contenido coincidente del art. 70 y la disposición transitoria cuarta de ambas leyes que acabamos de mencionar, siendo su texto el siguiente:

Artículo 70.1 "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".*

Vemos en el precepto transcrito que lo que en él se regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público -en adelante "OPE"- u otro instrumento similar de gestión), dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. Por tanto, el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo como el seguido en este caso para la cobertura de la vacante de la actora.

Ese proceso especial viene regulado en la disposición transitoria cuarta de las normas de referencia, estableciendo:

*"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".

Así pues, estos procesos de consolidación de empleo se desarrollan en varias fases, lo cual, correlativamente, afecta a la duración del plazo de provisión de vacantes vinculadas a los mismos, sin que tengan preestablecida una duración predeterminada en el EBEP.

QUINTO.- En el caso concreto del proceso convocado por la Orden citada en el cuarto hecho declarado probado de la sentencia impugnada el texto de su convocatoria (BOCAM 4/4/09) señala que se realizó *"en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria undécima del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid , y previo dictamen de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del referido Convenio Colectivo, en sesión celebrada el día 13 de marzo de 2009".*

Dicha disposición de convenio establece un proceso de consolidación de empleo que se desarrolla en tres fases, sujetas al siguiente régimen:

"Undécima. Ordenación y mejora del empleo (consolidación)



Con la finalidad de fomentar la movilidad, la carrera profesional y la estabilidad en el empleo del personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, reduciendo la temporalidad en el empleo a los niveles mínimos imprescindibles (8 por 100) se establece el programa de actuación que a continuación se desarrolla, que también tiene como finalidad la de favorecer las medidas necesarias para asegurar la ejecución periódica y regular los procesos de cobertura de puestos de trabajo mediante personal fijo.

En consecuencia, este plan se ordenará en tres fases sucesivas:

1 En la primera fase, se procederá a convocar, dentro del primer semestre de 2005, un concurso de traslados en el que se incluirán las plazas vinculadas a las Ofertas de Empleo Público pendientes de los años 2001-2004.

Excepcionalmente, podrán participar en este concreto concurso de traslados los trabajadores a los que se haya adjudicado puesto en el anterior concurso.

2. En la segunda fase se convocarán, dentro del primer cuatrimestre de 2006, procesos de promoción profesional específica correspondientes a las Ofertas de Empleo Público 1999-2004 para el personal laboral fijo.

De forma excepcional y única, este proceso se abordará, a excepción del grupo V, mediante convocatorias de procedimientos de selección bajo el sistema de concurso-oposición, en los que podrán superar la fase de oposición un número de aspirantes mayor que el de plazas y en los que el concurso tendrá por tanto carácter eliminatorio. Las convocatorias en cuestión serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales legitimadas.

(...)

3. En la tercera y última se desarrollará un proceso extraordinario y por una sola vez de consolidación de empleo, mediante convocatorias de procedimientos de selección bajo el sistema de concurso-oposición, en los que podrán superar la fase de oposición un número de aspirantes mayor que el de plazas y en los que el concurso tendrá por tanto carácter eliminatorio. Las convocatorias en cuestión serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales legitimadas".

En suma, la cobertura de la vacante de la actora ha seguido el trámite indicado en la norma de convenio que acabamos de transcribir, cuya aplicación ha requerido la ejecución de tres fases sucesiva (concurso de traslados, promoción profesional y concurso oposición), sin que a estos efectos el convenio ni la Orden de convocatoria del proceso fijen plazo de ejecución determinado, ni impongan el de 3 años aplicado por el juzgador de instancia.

SEXTO.- Hay otras razones adicionales para concluir que en este caso ese plazo de tres años del art. 70 del EBEP no podía ser exigible.

Al respecto hemos de destacar que la decisión de instancia toma como referencia para el inicio del cómputo del mismo el momento en que se suscribió el contrato de la actora. Pero esta decisión pasa por alto que esta ley entró en vigor en mayo de 2007, por lo que no puede pretenderse que un mandato legal que por primera vez establece como exigible en la fecha que acabamos de indicar un plazo de ejecución de tres años para determinada actividad se aplique a un contrato que se suscribió el 2 de julio de 2.003, porque ello implicaría establecer una obligación cuando el plazo de ejecución de la misma ya había transcurrido, lo cual no cabe en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1116 Cc y nulidad de las obligaciones imposibles que en él se impone).

Ciertamente, la disposición final cuarta del EBEP sólo fijó una fecha determinada de entrada en vigor de sus reglas para los preceptos incluidos en los capítulos II y III del título III (arts. 16 a 20 y 21 a 30, respectivamente, excepto el art. 25.2) y para el capítulo III del título V (arts. 78 a 84), de manera que el resto de su articulado quedó sujeto a las reglas generales del art. 2.1 Cc ("*Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa*") , por lo que, producida la publicación del EBEP en el BOE de 13 de abril de 2007, entró en vigor a los 20 días, rebasado con creces el plazo de 3 años desde la vigencia del contrato de la actora.

No podemos admitir que el EBEP tenga efecto retroactivo, ni siquiera en grado mínimo, que permita su aplicación a efectos futuros desde su entrada en vigor, aunque estos efectos provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad. El hecho de que sea precisamente una disposición transitoria de esa ley la que establece el indicado sistema de consolidación de empleo para cobertura de puestos o plazas de carácter estructural que se encontrasen desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005 sin ajustarlo al sistema de su art. 70 es claramente revelador de la voluntad del legislador de que este precepto que se acaba de citar quede excluido de la regulación de dicho sistema especial. De no ser así, dicha disposición transitoria cuarta sería manifiestamente contradictoria.



Por todo lo dicho concluimos que el hecho de que el contrato de la actora haya durado más de 3 años no determina su calificación como indefinido.

Se estima el primer motivo de recurso.

SÉPTIMO.- El segundo mantiene que concurre causa legal de extinción del contrato de la actora, amparada en el art. 49. 1 b) ET en relación con los arts. 4.2 y 8.1 c) 4º RD 2720/98 , conforme a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 , no siendo de aplicación el criterio mantenido en la sentencia del mismo órgano judicial de 24 de junio de 2014 aplicada en instancia.

El escrito de impugnación de recurso defiende la conformidad a Derecho de la sentencia impugnada en cuanto a su decisión de que la extinción de la relación laboral de la actora debió haber seguido el procedimiento de los arts. 51 y 52 ET .

Este Tribunal comparte los presupuestos en que se asienta el motivo de recurso que es objeto de examen. No cabe aplicar en este caso, como ha hecho el juzgador de instancia, el criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 (RCUD 217/13) , de Sala General, puesto que se refiere al supuesto de fin de contrato de interinidad por amortización de la plaza ocupada por el contratado interino. Los términos en que se expresa dicha resolución son inequívocos: *"La demandada no ha controvertido que nos encontremos ante un despido colectivo, que afecta a un importante número de trabajadores. Su oposición a la aplicación del procedimiento previo del despido colectivo que regula el art. 51 del E.T . en relación con la Adicional Vigésima del mismo y con el art. 35 del R.D. 1483/2012 , la ha fundado en que **la extinción de los contratos se ha basado en la aprobación de una nueva R.P.T. que ha conllevado la amortización de los puestos de trabajo de los trabajadores afectados que han visto extinguidos sus contratos no por causa de un despido colectivo, sino por la amortización del puesto de trabajo que ocupaban en virtud de un contrato de interinidad por vacante** , contrato que se extingue al ser cubierto el puesto de trabajo que es objeto del mismo, y, también, cuando se amortiza ese puesto porque de ese hecho deriva, igualmente, la extinción de un contrato de interinidad que ha perdido su objeto"*.

Por el contrario, en el caso presente no ha existido amortización alguna de la plaza ocupada por la actora, sino todo lo contrario; dicha plaza se mantiene con su correspondiente dotación presupuestaria y por eso precisamente se ha procedido a designar al titular que debe ocuparla.

En consecuencia, la concurrencia o no de válida causa de extinción contractual debe resolverse conforme a los presupuestos propios del contrato de interinidad.

OCTAVO.- En este punto la jurisprudencia también es clara, como vamos a ver tomando como referencia directa dos sentencias del Tribunal Supremo que han abordado esta materia. Seguimos en su orden de cita este criterio: primero una sentencia de Sala General; después otra referida específicamente a proceso de cobertura de vacantes en el ámbito de la sanidad pública de la Comunidad de Madrid.

La primera de esas sentencias es de fecha 1 de febrero de 2011 (RCUD 899/10) , de la que se va a hacer extensa transcripción a fin de poder apreciar la más que relevante similitud del supuesto en ella enjuiciado con el concurrente en el presente litigio, pues también en aquél se cuestionó el fin de un contrato de interinidad iniciado en diciembre de 2003 y terminado en diciembre de 2008 (por tanto, con duración superior a 3 años) como consecuencia de la asignación de la plaza ocupada por el trabajador interino a la persona designada como titular de la misma tras superar esta última la prueba establecida al efecto, que no fue otra sino un proceso de consolidación de empleo temporal convocado en iguales término que los acordados en la Orden de 3 de abril de 2009 citada en el cuarto hecho declarado probado de la sentencia de instancia del presente litigio.

Dicha sentencia identifica en estos términos el problema jurídico que aborda: *"La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si el cese del demandante, contratada por la Xunta de Galicia en la modalidad de interinidad por vacante y que dejó de prestar servicios cuando se cubrió la plaza que ocupaba por la persona seleccionada en el oportuno concurso, constituyó un despido o una lícita terminación del referido contrato, analizándose para ello Disposición Transitoria 16ª de la ley 4/1988 de 26 de mayo (LG 1988, 105) de la Función Pública de Galicia introducida por la ley 13/2007 de 27 de julio (LG 2007, 303) , y la DT 14ª del Decreto Legislativo 1/2008 (LG 2008, 255) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia"*.

La solución jurídica que se da a ese problema parte de este presupuesto: *"Para resolver el fondo del asunto es preciso partir de la realidad de que no se discute la licitud inicial del modo de contratación del demandante, interinidad por vacante, llevada a cabo por la Administración al amparo de lo previsto en el artículo 15.1 c) ET (RCL 1995, 997) y del artículo 4 del Real Decreto 2720/1998 (RCL 1999, 45) , y de que, **en principio, la asignación de la plaza al titular que la haya obtenido tras el oportuno concurso es causa de extinción del contrato de trabajo suscrito bajo aquella modalidad (artículo 49.1 b) ET**)"*.



Y concluye, tras examinar el proceso de consolidación de empleo temporal de la disposición transitoria 4ª de la Ley 7/2007 en la Administración y su aplicación en el ámbito de la Función pública de Galicia, empresa a la que se refería el litigio: "la ocupación de la plaza que desempeñaba interinamente el recurrente por quien legítimamente había superado el proceso selectivo convocado para ello **no constituyó un despido, sino la válida extinción de una relación de trabajo, tal y como se desprende de los artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores** (RCL 1995 , 997) y 4 del R.D. 2720/1.998, de 18 de diciembre (RCL 1999, 45) ...".

NOVENO.- La segunda sentencia del Tribunal Supremo que queremos recordar en este momento es la de 18 de mayo de 2015 (RCUD 2135/14), referida a proceso de cobertura de vacantes en el ámbito sanitario de la CM. Aborda un caso de contratación interina producida en noviembre de 2003 referida a una plaza cuya cobertura se produjo en noviembre de 2012 (mucho después de 3 años desde el inicio del contrato de interinidad), tras resolverse el correspondiente proceso de promoción profesional específico. La sentencia mantiene:

*"A la vista de los datos anteriormente consignados, forzoso es concluir que la plaza que venía ocupando D. Cristobal se cubrió en el proceso de promoción profesional específico para el acceso a la categoría de auxiliar de control e información, siendo adjudicada a Doña Silvia por resolución de 12 de noviembre de 2012, pasando a ocupar dicha plaza desde el 21 de noviembre de 2012, por lo que se cumplió la causa de interinidad válidamente consignada en su contrato, a saber, que ocuparía provisionalmente, de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos, regulados en los artículos 13.2 y 3 del Convenio Colectivo , la vacante NUM002 , de la categoría profesional de auxiliar de control e información, vinculada a la oferta de empleo público correspondiente al año 2004. **Al haberse producido la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el interino, su cese no es un despido, sino que es ajustado a derecho"**.*

En suma, no estamos ante un despido sino ante válida extinción del contrato de interinidad de la actora.

Se estima el segundo motivo de suplicación.

DÉCIMO.- El tercero y último aborda el tema de la eventual indemnización que pudiera corresponder a la actora por la lícita extinción de su contrato de interinidad. En orden a fijar nuestra respuesta consideramos que se deben abordar estas cuestiones: 1) el contraste entre los eventuales términos en que se planteó esta petición en instancia y en la fase de suplicación del proceso; 2) la posibilidad legal de conceder una indemnización por la extinción de un contrato de interinidad; 3) el eventual importe de esa indemnización.

A propósito del primero de esos extremos:

Como hemos dicho, la demanda pidió que se declarara la existencia de despido y, en su defecto, "se proceda a la indemnización prevista en el ET para el despido improcedente o subsidiariamente se le abone la indemnización establecida por cese en contrato de tiempo cierto".

En el acto del juicio la CM sostuvo (alegaciones correspondientes a las 12.03 horas de la grabación de las actuaciones judiciales realizadas el día del juicio) que en orden a fijar esa indemnización no podía ser aplicada la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2015, exponiendo las razones en las que basaba esa opinión.

El juzgador de instancia hizo cita en el fundamento de derecho séptimo de la resolución ahora impugnada ante este Tribunal a la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de "14 de septiembre de 2015" (se refería en realidad a la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14 , **Diego Porras**), si bien no hizo mención alguna sobre su eventual incidencia en el caso presente, ya que, como se ha dicho, aquél calificó la extinción del contrato de la actora como despido improcedente con la indemnización ordinaria prevista para estos casos, lo cual nada tenía que ver con dicha sentencia comunitaria.

El recurso de la CM vuelve a incidir sobre esta cuestión, indicando: "entendemos que en el caso en que se entendiera que procede el reconocimiento de alguna indemnización a la actora, sería en todo caso **la prevista en el art. 49.1.c) ET** ".

En el escrito de impugnación de recurso se hace oposición a esa petición subsidiaria diciendo:

"En relación con la cláusula 4 del Acuerdo marco, debe recordarse que su apartado 1 establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada".

En consecuencia, debe entenderse que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco, no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (sentencias de 13 de septiembre de 2007 , Del Cerro



Alonso, C 307/05, EU:C:2007:509 , apartado 57; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C 444/09 y C 456/09, EU:C:2010:819 , apartado 54; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C 177/10, EU:C:2011:557 , apartado 72, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C 302/11 a C 305/11, EU:C:2012:646 , apartado 50).

De esta interpretación se desprende que la indemnización que debieran recibir los trabajadores con contrato de duración determinada a la finalización del mismo, sería la indemnización establecida para el despido por razones objetivas de un trabajador fijo comparable, recogido en el art. 53 del Estatuto de los Trabajados, debiéndose cumplir igualmente sus requisitos.

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades".

Así pues, es congruente con lo debatido en instancia que abordemos la problemática referida a si cabe conceder a la Sra. Fátima una indemnización por válida extinción de su contrato de interinidad.

UNDÉCIMO.- Esta problemática no puede desvincularse del derecho de los justiciables a que los jueces y tribunales resuelvan conforme al sistema de fuentes establecido en nuestro ordenamiento jurídico (art. 24.1 CE), lo cual conecta, a su vez, con estas cuestiones: por un lado, la eventual colisión entre la previsión establecida en el art. 49.1.c) ET (exclusión de indemnización por válido fin de contrato interino) con la Directiva 1999/70/CE y el principio de prohibición de trato desfavorable entre trabajadores fijos y temporales que en ella se establece; por otro, el alcance de la reserva de la competencia del Tribunal Constitucional para depurar la legalidad de las normas postconstitucionales con rango de ley de nuestro ordenamiento interno y las eventuales excepciones a esa reserva de acuerdo con la posición que ocupa el Derecho comunitario dentro del sistema de las fuentes del ordenamiento español y la eficacia de sus normas.

DUODÉCIMO.- Sobre la indicada reserva en favor del órgano constitucional mantiene la muy reciente STC 1/17 :

"... es efectivamente doctrina de este Tribunal que los órganos de la jurisdicción ordinaria no pueden inaplicar una ley postconstitucional vigente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues al hacerlo incurren en exceso de jurisdicción de conformidad con los arts. 153 a) y c) y 163 CE , en la medida en que interpretan preceptos y normas de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad (STC 173/2002 , FJ 7), y vulneran además las garantías procesales del art. 24 CE , pues aunque pueda resultar esa decisión judicial "aparente o formalmente motivada" no es, sin embargo "una resolución fundada en Derecho" resultando así "lesiva de las garantías del proceso debido" y provocando "indefensión" a la parte recurrente (por todas, STC 177/2013, de 21 de octubre , FJ 8, con cita de otras)".

Las excepciones a la necesidad de dicha reserva en favor del TC requieren considerar el principio de primacía del Derecho comunitario y la eficacia de sus disposiciones, cuestiones éstas que precisan examen por separado.

DECIMOTERCERO.- La sentencia del TC 232/15 se refiere a las excepciones a la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en orden a la eventual inaplicación por parte de un órgano judicial español de una ley postconstitucional que puede resultar contraria a otra norma comunitaria, diciendo:

"... este Tribunal ya ha tenido ocasión de resolver:

a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004 , FFJJ 9 a 14).

b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo , FJ 3).

c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del **principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea** . En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio , FFJJ 5 y 6)".

O, lo que es lo mismo: cuando una norma comunitaria ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentido opuesto al que resulta de la normativa interna española, debe tenerse en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

DECIMOCUARTO.- Ahora bien, para que entre en juego ese principio de primacía del Derecho comunitario hay que considerar la eficacia de la disposición comunitaria que pretende aplicarse por encima de la normativa interna española, a propósito de lo cual mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (Rec. 207/15):

"a).- La llamada la «eficacia directa» del Derecho UE -posibilidad de aplicar el Derecho de la Unión en los Estados miembros con independencia de las previsiones del Derecho interno- se halla limitada en principio a los Reglamentos de la UE, que son «directamente aplicable[s] en cada Estado miembro» [art. 288 TFUE], por integrarse en los ordenamiento jurídicos nacionales a partir de su publicación en el DOUE [art. 297 TFUE]; de manera que el Derecho originario puede ser -desde su entrada en vigor- invocado antes los órganos jurisdiccionales nacionales (así, desde la STJ 05/02/1963, asunto 26/62, «Van Gend & Loos»).

b).- Ciertamente que a partir de la STJ 04/12/1974 [asunto C- 41/74 «Van Duyn»] la posibilidad de «eficacia» directa se extiende igualmente - aunque en forma muy limitada- a una parte del Derecho derivado, al sentarse el criterio de que las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta [la llamada eficacia «reaccional»], pero ha de tenerse en cuenta que:

1º).- En tanto que opera como «garantía mínima» frente a la anómala situación provocada por la dejadez estatal (STJ 15/07/1982, asunto 270/81, «F. Rickmers»), su contenido ha de ser incondicional y suficientemente claro y preciso [STJ asunto «Van Gend & Loos»], aunque posteriormente el TJUE elimina la exigencia de claridad y requiere tan sólo que las Directivas sean «incondicionales y suficientemente precisas» (STJ 19/01/1982, asunto «U. Becker»), de forma que impongan «una obligación en términos inequívocos» (STJ 23/02/1994, asunto «Difesa della Cava»);

2º).- Su operatividad -con trasfondo sancionador- se limita al marco de las relaciones verticales [poderes públicos/particulares] y en sentido unilateral [sólo los particulares pueden invocar la Directiva frente a los poderes públicos] (SSTJ 11/06/1987, asunto «Pretore di Saló»; 08/10/1987, asunto «Kolpinghuis Nijmegen»; y 03/05/2005, asunto «Berlusconi»).

c).- Tal como se ha apuntado, al tener la eficacia directa de las Directivas un trasfondo sancionador, en tanto que -conforme a lo indicado- se hace valer por el particular frente al Estado incumplidor, lógicamente la misma ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas y carecen de eficacia invocable en plano «horizontal», pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal en su contra» (aparte de otras anteriores ya citadas, las SSTJ 05/04/1979, asunto «Ratti»; 07/12/95, asunto «Spano»; 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci», ap. 46; 24/01/2012, asunto «Domínguez», ap. 42; 15/01/2014, asunto «Association de médiation sociale»; 05/10/2004, asunto «Pfeiffer», ap. 108; y la reciente 19/04/2016, asunto C-441/14, «Dansk Industri», ap. 30).

UNDÉCIMO.- 1.- Los sujetos -pasivos- de la «eficacia vertical».-

Abundando en esta línea explicativa hemos de indicar -con las SSTJUE 24/01/2012, asunto «Domínguez», aps. 38 y 38; y 12/12/13, asunto «Portgás», aps. 23 y 24- que:

a).- Se ha mantenido un sentido amplio del sujeto frente al que invocar las disposiciones comunitarias, al afirmar que pueden aducirse «contra un Estado, sea cual sea la condición en la que actúa, como empleador o como autoridad pública».

b).- Asimismo, las Directivas son invocables -cuando proceda y en tanto que como efecto directo- también, de entre las entidades públicas, contra «los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes».

De donde se concluye con la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 en las relaciones laborales que mantiene la CM con sus trabajadores.

DECIMOQUINTO.- Por último haremos mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, asunto **Diego Porras**), la cual concluye que "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, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no



puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".

El presupuesto del que parte dicha conclusión radica en equiparar el fin de un contrato temporal interino (art. 49.1.c) ET) con el fin de un contrato fijo por causa de crisis o reordenación empresarial (despido del art. 49.1. i) y l) ET).

En el fondo, bajo este planteamiento subyacen tres presupuestos. Primero: tal como resulta del fundamento 23 de esta sentencia, una asimilación de los conceptos "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral (ejecución de una obra o servicio determinado o producción de un hecho determinado) y "despido objetivo" del contrato de trabajo (el debido a causa económica, técnica, organizativa o productiva conforme a los términos definidos en el art. 51.1 ET). Segundo: partiendo de dicha equiparación, reclasificación de todas las causas de extinción del ordenamiento español en dos únicas categorías: subjetivas y objetivas. Tercero: atribuir automáticamente a todos los supuestos incluidos en la categoría "objetiva" el mismo régimen indemnizatorio de extinción, con independencia de todo otro factor.

Hemos de manifestar respetuosamente que ese planteamiento jurídico nos suscita serias dudas, por varias razones. Es cuestionable la indicada equiparación, porque se establece sobre la base de una homologación que no existe, ni conceptual ni jurídicamente. Las "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral se refieren a un hecho constatable directamente (por ejemplo, el fin de una obra o la incorporación de un titular a una plaza); mientras, el despido por "causa objetiva" regulado en el art. 52 c) ET hace referencia a un concepto jurídico en el cual se considera un hecho (por ejemplo, la situación económica o la organización de la empresa) que debe ser valorado desde una perspectiva específica (la establecida en los concretos términos que fija el art. 51.1 ET).

Por otra parte, si aceptamos la indicada equiparación de base (asimilación de los conceptos concurrencia de "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral con "despido objetivo" del contrato de trabajo), la consecuencia será que igualmente deberían considerarse como condición objetiva de extinción contractual algunas conductas citadas en el art. 54.2 ET como justificativas del despido disciplinario -cuyo carácter de causas subjetiva de extinción contractual hasta ahora no se puesto en duda-. El supuesto más claro sería el de las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.

Pese a estas dudas, no creemos posible que este Tribunal plantee nueva cuestión prejudicial sobre la materia, puesto que la solución que entendemos más acorde (igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, conforme a los criterios del art. 49.1.c) ET) no puede ser suscitada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en función de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE. La razón se debe a que las posibles diferencias de trato entre distintas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación tutelado a través del Acuerdo incorporado a dicha norma comunitaria (fundamento 38 de la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016).

DECIMOSEXTO. - Llega la hora de concretar nuestra decisión sobre el tercer motivo de recurso de la CM. Éste pide descartar toda indemnización por lícito fin del contrato de interinidad de la actora -petición principal- o, de conceder alguna, que sea la fijada en el art. 49.1.c) ET para determinados casos de trabajadores temporales -petición subsidiaria-. Esa decisión se adoptará a partir de la doctrina comunitaria, la doctrina constitucional y la jurisprudencia que se ha citado anteriormente, de cuyo conjunto deducimos:

-La contradicción entre la cláusula. 4.1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la citada Directiva 1999/70/CE (principio de prohibición de trato desfavorable entre trabajadores fijos y temporales) y el art. 49.1.c) ET (exclusión de indemnización a los trabajadores interinos que válidamente finalicen sus relaciones laborales) ha sido aclarada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en el sentido de que no queda justificado que por el mero hecho de ser interino un trabajador no tenga derecho por fin de su relación laboral a la indemnización establecida en el ordenamiento español para el caso de los despidos objetivos de trabajadores fijos.

-La Directiva 1999/70/CE goza del principio de primacía del Derecho comunitario.

-Goza también en este caso de eficacia directa vertical en la relación laboral entre las partes procesales, dado que estamos en un pleito entre un Organismo público ("CM") que actúa como prestador de un servicio público y un particular.

- Para aplicar la doctrina comunitaria establecida en la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016 no es preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad, por las razones indicadas en la doctrina constitucional que se reseña en el decimotercer fundamento de derecho de la presente sentencia.



En consecuencia, procede por parte de este órgano judicial aplicar la doctrina de dicha sentencia comunitaria, dada la absoluta igualdad de ambos supuestos litigiosos (mismo empleador y misma válida causa de extinción de contratos de interinidad).

DECIMOSÉPTIMO.- Correlativamente, procede estimar los dos primeros motivos de recurso y revocar la decisión de instancia referida a que la causa de extinción del contrato de la actora se califique como despido, ya que estamos ante válida extinción de contrato interino por cobertura de vacante. En cuanto al motivo tercero, solo procede su estimación parcial, en el sentido de que el fin de servicios de la actora conlleva su derecho a percibir indemnización, equivalente a 20 días de salario por año trabajado, lo que se traduce en un importe de 13.504#83 euros.

No procede la imposición de costas (art. 235.1 LRJS).

DECIMOCTAVO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID contra la sentencia del juzgado de lo social nº 4 de Madrid, dictada en autos 964/2016, promovidos por la citada recurrente contra D^a. Fátima . En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, declarando que la extinción del contrato de Sra. Fátima , producida el 30 de septiembre de 2016, constituye válida extinción contractual, con derecho de la trabajadora a percibir indemnización equivalente a 13.504. 83 euros. No procede la imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220 , 221 y 230 de la L.R.J.S , advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **87/2017** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 87/2017), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S .).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. ENRIQUE JUANES FRAGA

De conformidad con lo dispuesto en el art. 260 de la LOPJ , formulo voto particular con pleno respeto a los razonamientos y decisión de la sentencia, para mantener la postura que sostuve en la deliberación del presente recurso, en el sentido de que en lugar de resolver el recurso se debería haber dado la preceptiva audiencia a las partes para seguidamente plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por tanto mi discrepancia se centra exclusivamente sobre los fundamentos decimoquinto a decimoséptimo de la sentencia, compartiendo los razonamientos anteriores, que desembocan, en definitiva, en la constatación de que tanto el contrato de interinidad celebrado entre las partes como la causa alegada para su extinción son ajustados a derecho, suscitándose a partir de tal premisa el problema de la determinación de la indemnización controvertida por la extinción del contrato.



La duda surgida en la deliberación estribaba en decidir si se debía aplicar la doctrina de la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 - caso Ana de **Diego Porras** - o si era posible suscitar una nueva cuestión prejudicial, opción que sostuvo siendo rechazada por la mayoría.

Ante todo cabe indicar que, si bien el mencionado asunto y el actual presentan considerables similitudes, también existen diferencias que podrían tener relevancia. Así, aunque en ambos casos se trata de contratos de interinidad que han tenido una prolongada duración y han sido extinguidos por la concurrencia de la causa prevista en ellos, puede precisarse que en el asunto Ana de **Diego Porras** se trataba de un contrato de interinidad por sustitución y la extinción se debió a la reincorporación del titular sustituido, siendo la causa remota de esa reincorporación la promulgación de una disposición con rango de ley que afectó, por razones presupuestarias, al cese como liberado sindical del titular sustituido, provocando su regreso y la finalización del contrato de interinidad. En el caso actual el contrato es de interinidad por vacante sujeta a un proceso de consolidación de empleo y la extinción se produce debido a la cobertura de la plaza por la persona que la obtuvo mediante la superación del proceso de selección en el que también pudo haber participado la demandante y ganado la plaza, con lo que la extinción de su contrato carece del matiz objetivo del otro supuesto y se da además la circunstancia de que en alguna medida la propia trabajadora tuvo la oportunidad, en igualdad de condiciones con terceros, de mantener la vigencia de su relación laboral.

En cualquier caso la propia sentencia mayoritaria manifiesta sus reservas respecto a la sentencia del TJUE mencionada, como también lo ha hecho buena parte de la doctrina, y si bien algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia ya la han aplicado, existen otros órganos judiciales españoles que han optado por plantear nueva cuestión prejudicial, insistiendo, no solo en las diferencias de los supuestos de hecho, sino en las dudas de diversa índole que la repetida sentencia suscita y en definitiva en que no existe, a pesar de todo, una jurisprudencia comunitaria clara e inequívoca que seguir.

Se expresa en el párrafo 33 de la STJUE 14-9-16 que "el tribunal remitente desea saber, en esencia, si la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que la mencionada indemnización se concede, en particular, a los trabajadores fijos comparables". Seguidamente en el párrafo 36 se expone que "procede declarar que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados". Sin embargo, una exposición detenida de la normativa laboral española, que sería convenientemente detallada en la nueva cuestión prejudicial, permitiría seguramente mostrar que no existe diferencia legislativa de trato indemnizatorio entre los trabajadores temporales y los fijos. Tanto unos como otros tienen derecho a la readmisión si el despido es nulo, y a las mismas indemnizaciones por despido improcedente y por despido procedente por causas objetivas, así como en otros supuestos (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, movilidad geográfica) y el régimen jurídico de esas extinciones es común y no hace distinciones entre trabajadores con contrato temporal y con contrato fijo. Lo que sucede es que la indemnización del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores es posible únicamente para los contratos temporales y no admite parangón con ninguna otra de los contratados fijos, porque la extinción de los contratos temporales que da derecho a la indemnización prevista en ese precepto guarda una exacta correspondencia con la naturaleza temporal del contrato, y no puede haber ninguna indemnización equivalente de los contratados fijos con la que establecer un juicio de comparación. Se extingue el contrato temporal porque se ha cumplido su objeto (se ha realizado la obra o servicio, se ha reincorporado el trabajador sustituido o se ha cubierto la plaza provisionalmente interinada; o se ha agotado el plazo durante el cual el legislador permite la contratación temporal por circunstancias del mercado). La ley reconoce en tales supuestos una indemnización (lo que no siempre ha ocurrido, pues el régimen actual proviene del año 2001). Ello no sucede para los trabajadores fijos, porque sus contratos no están sujetos desde el inicio a una causa de finalización conocida por las partes, explicitada en el contrato y que obedece a la esencia de éste. Si se niega esta singularidad en realidad se está negando la propia temporalidad del contrato y se está llegando a decir implícitamente que el contrato temporal es en sí mismo discriminatorio. En especial, no cabe establecer una comparación entre la indemnización del art. 49.1.c) por terminación de contrato temporal y la del art. 53.b) en relación con el 51.1 del Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar porque, como ya se ha dicho, el régimen legal de la extinción por causas objetivas del art. 51.1 se aplica a todos los trabajadores, cuestión distinta es que la empresa por lo general prefiera evitar ese tipo de extinción para los contratos temporales dejando que se extingan por sus propias causas. En segundo lugar, porque la causa de extinción del contrato temporal es distinta a las causas económicas, técnicas, productivas y organizativas, ya que la primera está ínsita en la naturaleza del contrato, opera por la voluntad de ambas partes que la estipularon aunque la iniciativa corresponda a la empresa, y necesariamente ha de llegar, mientras que las segundas son



sobrevenidas, externas al contrato, actúan por la exclusiva voluntad unilateral de la empresa y pueden llegar a producirse o no.

La cláusula 4 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, titulada «Principio de no discriminación», establece en su apartado 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.»

Se ha de negar que concurra el presupuesto de esta norma, ya que la normativa española no contiene un trato menos favorable a los trabajadores temporales que a los fijos. No se puede comparar el derecho a una indemnización que solamente pueden recibir los trabajadores con contrato de duración determinada con el derecho a una indemnización que en identidad de circunstancias tienen derecho a percibir tanto los temporales como los fijos. Si no existe trato desigual es patente que no procede indagar si existen razones objetivas que lo justifiquen. Por ello no es relevante, como tampoco es dudoso, que tanto en el caso Ana de **Diego Porras** como en el presente, los trabajadores temporales demandantes desempeñan un trabajo equivalente al de un trabajador fijo.

Indudablemente sí existe un trato distinto entre los trabajadores temporales interinos (así como los que suscriben contratos formativos) y el resto de trabajadores temporales, ya que a aquellos la legislación española no les reconoce ningún tipo de indemnización, cualquiera que fuera la duración de su contrato, y al resto sí, pero esta diferencia no entra dentro del ámbito de la Directiva mencionada, siendo en este punto clara la sentencia De **Diego Porras**. Esta disparidad de trato podría ser en su caso objeto de una cuestión de inconstitucionalidad.

En consecuencia, cabría preguntar al TJUE si la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como el derecho español, en el que se prevé una indemnización para la extinción de los contratos temporales - con excepción de los contratos de interinidad y los formativos - con arreglo a las causas previamente pactadas, tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, de hasta doce días por año de servicios, siendo esa indemnización inferior a la de veinte días por año de servicios que, para todo tipo de trabajadores, temporales y fijos, se establece para el supuesto de extinción por iniciativa unilateral del empresario por la concurrencia sobrevenida de circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Incorpórese el original del voto particular, junto con la sentencia, al libro de sentencias de esta Sección de Sala.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.