



Roj: **STSJ AND 11762/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:11762**

Id Cendoj: **41091340012017103365**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **3582/2016**

Nº de Resolución: **3224/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **AURORA BARRERO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3582/16- Negociado I Sent. Núm. 3224/17

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILMOS. SRES.:**

**DOÑA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ**

**DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA**

**DÑA AURORA BARRERO RODRÍGUEZ**

En Sevilla, a 8 de noviembre de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N° 3224 /2017**

En el recurso de suplicación interpuesto por Dña Mariola , contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 9 de Sevilla, Autos nº 231/2015; ha sido Ponente la Iltrma Sra Dña AURORA BARRERO RODRÍGUEZ, Magistrada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Según consta en autos, se presentó demanda por Dña Mariola contra la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, con la intervención del Ministerio Fiscal sobre Despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 10/6/16 por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

**SEGUNDO** : En la citada sentencia y como **hechos probados** se declararon los siguientes:

"**PRIMERO.-** Dña. Mariola , mayor de edad y con DNI NUM000 , ha prestado servicios retribuidos por cuenta y bajo la dependencia de la CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SALUD, Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, desde el 2/06/11, con una antigüedad reconocida desde el 29 de enero de 2007, en virtud un contrato de trabajo temporal para cobertura de vacante de RPT en la modalidad de fijo discontinuo, con categoría profesional de trabajadora social, siendo su puesto de trabajo el número NUM001 , grupo de clasificación II, con centro de trabajo en el centro de día de Los Palacios y Villafranca, fijando como fecha de finalización hasta que el puesto de trabajo fuera cubierto a través del procedimiento establecido en la Ley seis/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía y siendo de



aplicación a la relación laboral el convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, percibiendo un salario diario a efectos de despido de 69 euros.

Con anterioridad, Dña. Mariola prestó sus servicios en la Consejería

de Igualdad y Bienestar Social en Huelva, desde el 29 de enero de 2007 al 2 de septiembre de 2009.

Desde el 19 de octubre de 2009 hasta el 15 de diciembre de 2010 prestó sus servicios por cuenta y dependencia de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social en Córdoba.

Del 16 de diciembre de 2010 y hasta el 15 de mayo de 2011 prestó sus servicios por cuenta y dependencia de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social en Sevilla.

Se da por reproducido el expediente administrativo unido a los folios 28 a 44 de los autos e informe de vida laboral y nóminas unidas a los folios 49 a 52 de los autos.

**SEGUNDO.-** Dña. Mariola , fue madre de una niña nacida el NUM002 de 2015. Se da por reproducida la certificación literal de nacimiento unido a los folios cinco de desde el 24 de los autos.

**TERCERO.-** Por orden de 26 de febrero de 2008 de la Consejería de Justicia y Administración Pública, se convocó un proceso selectivo para la cobertura de vacantes correspondiente de esas categorías profesionales del personal laboral de la administración general de la Junta de Andalucía, mediante concurso de promoción, resultando que la señora Teodora , solicitó la plaza correspondiente al código número NUM001 , resultando que el 29 de marzo de 2011 se dictó resolución que puso fin al proceso de selección de tal forma que la plaza que venía ocupando la parte demandante no fue adjudicada a ninguno de los aspirantes que participaron en el concurso de selección. La señora Teodora frente a la resolución que puso fin al proceso de selección interpuso demanda que dio lugar al procedimiento conocido en el mayúscula inicial Juzgado de lo mayúscula inicial social número siete de Sevilla bajo el número 141/2012 que finalizó por sentencia de 7 de febrero de 2013 en cuya virtud se adjudicó a la señora Teodora la plaza cuyo código era el NUM001 , de Los Palacios y Villafranca, y recurrida fue confirmada por el TSJ de Andalucía con sede en Sevilla en fecha 11 de junio de 2014. Se da por reproducida la sentencia distinta administrativo unido a los folios 28 a 44 de los autos.

**CUARTO.-** Mediante escrito de fecha 29 de diciembre de 2014, notificada a Dña. Mariola el 26 de enero de 2015, la CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SALUD, Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA comunicó a la parte demandante que por resolución de 10 de diciembre de 2014 de la dirección general de recursos humanos función pública se procedía cumplimiento de la sentencia dictada en los autos 141/2012 por el Juzgado de lo Social de Sevilla por el que se adjudicaba a la señora Teodora la plaza que venía ocupando la parte demandante correspondiente al centro de día de Los Palacios y Villafranca de tal forma que se comunicaba a la parte demandante la extinción de la relación laboral al finalizar la jornada del día 25 de enero de 2015. Se da por reproducida la comunicación unida al folio 37 de los autos. A partir del día 25 de enero de 2015, Dña. Mariola ha dejado de prestar servicios por cuenta y dependencia de la CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SALUD, Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA .

**QUINTO.-** Dña. Mariola no ostenta ni ha ostentado en el año anterior extinción de su relación laboral, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa ni delegado sindical.

**SEXTO .-** Formulada reclamación administrativa previa, en fecha 6/02/15, la misma finalizó sin éxito.

Se da por reproducida el acta de conciliación unida al folio 39 y 40 de los autos".

**TERCERO :** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte actora, que fue impugnado por la demandada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La actora ha formulado recurso de suplicación contra la sentencia por la que se desestimó la demanda de despido formulada y se calificó el cese por cobertura de la plaza que venía ocupando como válida finalización de la relación laboral. Lo que solicita el recurrente, al amparo de lo establecido en el apartado c) del artículo 193 LRJS , es que se le reconozca la indemnización por fin de contrato una vez declarada la válida finalización de la relación laboral. El recurso fue impugnado por la demandada, que alegó el planteamiento de una cuestión nueva, no suscitada ni en demanda ni en juicio y subsidiariamente la improcedencia de la indemnización pretendida, al tratarse de un supuesto de cese por cobertura de la plaza, que tiene su encaje en el artículo 49.1.b ET , y no en el 49.1.c.

**SEGUNDO .-** Procede dar respuesta, en primer lugar, a la alegación relativa al planteamiento de una cuestión nueva. El TSJ de Madrid, en sentencia de 29/9/17 , razonó en un supuesto similar lo siguiente: "... basta con



remitirnos a la doctrina que luce en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2.017, en Pleno y 9 de mayo de 2.017, dictadas ambas en función unificadora, por mucho que hagan méritos a personal laboral indefinido no fijo, lo que no impide que su criterio en este punto sea plenamente extrapolable al supuesto enjuiciado... Sostiene el Abogado del Estado en la impugnación que con este segundo motivo se pretende introducir en fase de casación una cuestión nueva que no fue invocada en suplicación, al no haber instado anteriormente la demandante el pago de la indemnización correspondiente a la extinción de los contratos temporales a la que se refiere el art. 49.1 letra c) ET... Alegato que no es atendible, cuando los mismos argumentos de la Sala IV que recoge la sentencia referencial admiten la posibilidad de imponer en estos casos la condena al pago de la indemnización que legalmente corresponda, porque lo que el trabajador reclama cuando solicita la calificación del cese como despido nulo o improcedente no es otra cosa que el abono de la máxima indemnización legal que proceda, sin que sea necesario que se tenga que instar en la demanda la pretensión concreta de una específica cuantía indemnizatoria, de tal manera que la acción ejercitada en reclamación de la indemnización correspondiente al despido improcedente lleva en sí mismo implícita la de la menor indemnización que el antedicho precepto contempla para la extinción de los contratos temporales"

Resulta, pues, en aplicación de lo expuesto, que, habiéndose solicitado por la actora la declaración de nulidad o improcedencia del despido, ha de estimarse solicitada la indemnización que legalmente le pudiera corresponder por la válida extinción de su relación laboral así como la posibilidad de establecerla en esta instancia, al tratarse de pronunciamiento que debió ser realizado en la sentencia recurrida.

**TERCERO** .- Establecido lo anterior, se ha de analizar si la actora tiene derecho a indemnización por cese, y en su caso, en qué cuantía. La solución de este problema exige partir de las recientes sentencias TS de 28/3/17 y 9/5/17. La primera de ellas establece "... El recurso del Abogado del Estado denuncia la infracción del art. 49.1 b), en relación con su apartado c) y con la Disp. Trans. 13ª ET. Sostiene así que la indemnización prevista en la letra c) para la finalización de los contratos temporales para obra o servicio determinado o por circunstancias de la producción no es extensible a otros supuestos, como es el caso de la cobertura de la plaza en los casos de los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas. Pero a renglón seguido plantea que la indemnización por fin del contrato debería ser de ocho días y no de veinte, como señala la sentencia recurrida. La cuestión que se plantea viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo que ya ha sentado doctrina y establecido criterios a los que se debe estar con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde el abono de la indemnización al art. 49-1-c) del ET. Esta doctrina, sentada en nuestras sentencias de 15 de junio de 2015 6 de octubre de 2015, 4 de febrero de 2016 y 7 de noviembre de 2016 entre otras es resumida por la citada en último lugar diciendo: "En la STS/4ª/Pleno de 24 junio 2014 nos pronunciábamos en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS/4ª de 22 julio 2013 y las anteriores que en ella se citan, se afirma que, tras la entrada en vigor de la Disp. Ad. 20ª ET, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa..." "...En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET., y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos..." "... El citado art., 49.1 c) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Y añade que «A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación». La norma se completa con la Disp. Trans. 13ª ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación..." "... La norma resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto en el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da



respuesta a una cuestión prejudicial española, se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco 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. Además, el TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público. Dado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene y ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público." 4. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos llevaría a estimar el recurso del Abogado del Estado, como hemos hecho en supuestos anteriores. No obstante, un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo con base en las siguientes razones: Primera. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal. Segunda. Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, ( art. 15, números 3 y 5, del ET pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad ( artículos 103 de la Constitución , no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. Tercera. Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta

ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos

temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo. Cuarta. Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.

lo que desvirtúa cualquier alegación respecto de una supuesta indebida acumulación de acciones, al estar implícita la indemnización subsidiariamente propugnada en la acción de despido que se ejercita"

**CUARTO** .- Se ha de determinar, finalmente, si la doctrina expuesta, referida a trabajadores indefinidos no fijos, es aplicable a interinos por vacantes. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en sentencia de 29/9/17 , en supuesto de interino por vacante cesado por cobertura de la plaza, concluyó, tras analizar las dos sentencias TS mencionadas y la normativa comunitaria, la procedencia del reconocimiento de una indemnización de 20 días por año de servicio. Los razonamientos de la referida sentencia son los siguientes:" ... menciona como conculcado el artículo 49.1, en relación con el 52 c), así como el 51.1 y 53.4, todos ellos del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.015, de 23 de octubre, en vigor a la sazón de la decisión extintiva impugnada. En resumen: mantiene la parte recurrente que la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada de manera interina por la actora -gracias a proceso extraordinario de consolidación de empleo- constituye un supuesto válido y eficaz de extinción del contrato



de trabajo de interinidad por vacante y, en su consecuencia, no le corresponde indemnización de ninguna clase con arreglo a las previsiones del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, tesis que sólo podemos compartir parcialmente, ya que si bien es correcta la primera de sus premisas, habida cuenta que no se trata de una amortización de la plaza desempeñada, sino de su cobertura conforme a uno de los tipos de procesos de selección previstos convencionalmente, no por ello cabe concluir que no le venga atribuido el derecho a lucrar una indemnización a causa de tan repetida extinción contractual ... Según proclama la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017, ya citada: "(...) En cuya resolución ha de aplicarse la doctrina que establece la reciente sentencia del Pleno de la Sala, de 28 de marzo de 2017, que conoce de un supuesto idéntico al presente en el que se declaró ajustada a derecho la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza, habiendo reclamado la trabajadora en su demanda la calificación de ese acto extintivo como despido improcedente". Si esto es así en caso de personal laboral indefinido no fijo, cuánto más tratándose de contrato de interinidad para cobertura de vacante, circunstancia que, a la postre, se produjo -llegando, pues, a su término- a través de uno de los procesos selectivos regulados en el Convenio Colectivo de aplicación .... 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: ... 2) la posibilidad legal de conceder una indemnización por la extinción de un contrato de interinidad; 3) el eventual importe de esa indemnización ... Así pues, es congruente con lo debatido en instancia que abordemos la problemática referida a si cabe conceder ... una indemnización por válida extinción de su contrato de interinidad ... 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 fuentes del ordenamiento español y la eficacia de sus normas. (...) 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, 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 ... Más adelante, dice: "(...) 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. (...) 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. 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 J; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo ... 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. 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' ... 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 :

a).- La llamada '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 ordenamientos 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 &amp; 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 &amp; 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 invocado 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) " ... 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. (...) 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-. (...) 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)" ... 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 doctrinacomunitaria 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). (...) 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 ... Las razones profusamente expuestas en la sentencia firme de la Sección Sexta de esta Sala que acabamos de reproducir revelan que no impide el devengo de la indemnización reclamada subsidiariamente el que la extinción del contrato de trabajo de interinidad por vacante de la demandante con efectos de 30 de septiembre de 2.016 obedeciera a un motivo válido, cual es la cobertura reglamentaria de la vacante desempeñada durante tantos años de forma interina, y no entrañe, por tanto, undespido objetivo en sentido técnico-jurídico, aunque, eso sí, se base en causa no inherente a su persona o, si se prefiere, de índole no subjetiva. Por ello, no es ocioso reseñar ahora el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recogido en las ya citadas sentencias de 28 de marzo y 9 de mayo de 2.017 Según la segunda: "(...) En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato ... En conclusión, el motivo se acoge en parte y, de este modo, el recurso en los términos descritos. El cese de la actora con efectos de 30 de septiembre de 2.016 debido a la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupó interinamente mediante proceso extraordinario de consolidación de empleo se acomoda al ordenamiento jurídico, por lo que no puede reputarse como despido, pero las circunstancias concurrentes en el nexo contractual que unió a las partes a lo largo de tan prolongado lapso temporal y, sobre todo, la naturaleza



de la causa de la decisión extintiva combatida, de la que cabe resaltar su carácter ajeno a la persona de la trabajadora y, a su vez, asimilable a la concurrencia de una condición objetiva, hacen que le asista el derecho a lucrar una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades ..."

Por la aplicación de la doctrina expuesta procede el reconocimiento a la actora de indemnización correspondiente a 20 días.

**QUINTO.-** En relación con el cálculo de la indemnización a que la trabajadora tiene derecho se ha de estar a la fecha de suscripción del contrato de interinidad, esto es, 2/6/11. El hecho probado primero de la sentencia establece que la actora tiene una antigüedad reconocida desde 29/1/07 pero la sentencia en sus fundamentos jurídicos niega que tenga la condición de indefinida no fija, y la califica de temporal con contrato de interinidad por vacante suscrito el 2/6/11. Ninguna de estas cuestiones ha sido planteada en el recurso, que se limita a solicitar la indemnización, por lo que a la vista de la antigüedad mencionada y del salario establecido en la sentencia, se reconoce a la actora una indemnización de 5060 €.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por Dña Mariola contra la sentencia de fecha 10/6/16 dictada por el Juzgado de lo Social número Nueve de Sevilla en virtud de demanda sobre Despido formulada por la Sra. Mariola contra la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, con la intervención del Ministerio Fiscal debemos condenar y condenamos a la Consejería demandada a que abone a la actora la suma de 5060 €, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia dictada.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Se advierte a la Mutua condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" del Banco de Santander oficina urbana Jardines de Murillo sita en esta Capital Avda. de Málaga núm. 4, núm. de cuenta 4.052 0000 65, Recurso nº-3656/16.

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

**PUBLICACIÓN** .- Sevilla a, 8 de noviembre de 2017.