



Roj: **STSJ M 12652/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12652**

Id Cendoj: **28079340032017100650**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **24/11/2017**

Nº de Recurso: **304/2017**

Nº de Resolución: **762/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0044823

Procedimiento Recurso de Suplicación 304/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 06 de Madrid Despidos / Ceses en general 989/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 762/17-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los **Ilmos. Sres.** citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En los Recursos de Suplicación 304/2017, formalizado 1) por la Letrada Dña. MARIA JOSE AHUMADA VILLALBA en nombre y representación de Dña. Sacramento y 2) por el Letrado de la Comunidad de Madrid en nombre y representación de CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA, contra la sentencia de fecha 23/02/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 06 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 989/2016, seguidos a instancia de Dña. Sacramento frente a CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La demandante, D^a Sacramento , mayor de edad, con DNI n^o NUM000 , vino prestando servicios para la COMUNIDAD DE MADRID, en la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL dependiente de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, concretamente en la Residencia de mayores "La Paz", en virtud de los distintos contratos de Interinidad por sustitución relacionados hasta el 31/05/2002 en el Hecho Segundo de la demanda que se tiene aquí por reproducido.

El 01/06/2002 formalizó un CONTRATO DE INTERINIDAD PARA COBERTURA DE VACANTE VINCULADA A OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO, concretamente referido a la vacante 15818 y a la OEP del año 2000, como AUXILIAR DOMÉSTICO, - habiéndosele reconocido posteriormente la categoría de AUXILIAR DE HOSTELERÍA-, al amparo de lo establecido en el artículo 15.1 c) del ET y el art. 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre , en cuya cláusula Primera se hizo constar:

"PRIMERA: El trabajador contratado ocupará provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los Arts. 13.2 y 3 del Convenio Colectivo , la vacante n^o NUM001 , de la categoría profesional de AUXILIAR DOMÉSTICO, vinculada a la O.E.P ADICIONAL DEL EJERCICIO DE 2000".

En la Cláusula Cuarta del contrato se hizo constar:

"El presente Contrato (...) se extinguirá de acuerdo con lo previsto en el art^o 8.1 c) del Real Decreto 2720/1998 de 18 de Diciembre (...)".

(Doc. n^o 2 de la demandante)

El salario percibido últimamente por la actora ascendía a 2.139,65 € brutos mensuales con inclusión de parte proporcional de pagas extras (70,34 €/día).

(Hecho de la demanda no controvertido)

SEGUNDO.- El 30/09/2016, le fue notificado a la actora escrito del siguiente tenor literal:

"Mediante las Resoluciones de 22, 27 y 29 de julio de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, se procede a la adjudicación de los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de las categorías profesionales de Diplomado en Enfermería, Auxiliar de Hostelería y Auxiliar de Enfermería respectivamente.

En consecuencia, le notifico la finalización de su contrato de la categoría profesional de AUXILIAR DE HOSTELERÍA, en el centro de trabajo RESIDENCIA DE MAYORES LA PAZ de este Organismo Autónomo, el día 30 de septiembre de 2016, en el N.P.T. NUM001 , y de conformidad con lo estipulado en las cláusulas Arts. 13.2 y 3 del Convenio Colectivo de su contrato.

(Doc. n^o 1 de la actora)

TERCERO.- Por Orden de 3 de abril de 2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, publicada en el BOCM de 29/06/2009, se convocó proceso extraordinario de consolidación de empleo para la cobertura mediante sistema de concurso oposición, de 1.414 plazas de personal laboral de la categoría de Auxiliar de Hostelería, correspondientes a las Ofertas de Empleo Público de la CAM para los años 1998-2004.

El 29/07/2016 se publicó en el BOCM la Resolución de fecha 27/07/2016, de la D.G. de la Función Pública, por la que se procedía a la adjudicación de destinos correspondiente a dicho procedimiento extraordinario de consolidación de empleo.

El puesto de trabajo N^o NUM001 que había venido ocupando la actora, fue adjudicado a D^a Eugenia , habiendo formalizado esta última contrato de trabajo indefinido con la Comunidad de Madrid el 30/09/2016 con efectos de 01/10/2016 .

No consta que la demandante haya vuelto a ser contratada por la Comunidad de Madrid para prestar servicios en algún organismo dependiente de la misma.



CUARTO.- La actora no ostentó en el último año cargo de representación unitaria o sindical en la empresa demandada.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

I.- Que apreciando falta de acción por inexistencia de despido, debo desestimar y desestimo la pretensión principal deducida en la demanda interpuesta por D^a Sacramento , contra la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA de la COMUNIDAD DE MADRID, absolviendo de tal pretensión a la referida demandada.

II.- Que desestimando las excepciones de Inadecuación de procedimiento y Acumulación indebida de acciones respecto de la pretensión indemnizatoria deducida con carácter subsidiario en la demanda, debo estimar y estimo parcialmente dicha pretensión, condenando a la demandada a abonar a la demandante una indemnización derivada de la finalización de su contrato de trabajo de 12 días de salario por año de duración del mismo, ascendente a 12.098,48 €.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron sendos recursos de suplicación por ambas partes, formalizando posteriormente. El recurso interpuesto por CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA fue objeto de impugnación por la letrada de la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 20/04/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 28/11/2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO: Frente a la sentencia de instancia se alza en suplicación la demandada articulando dos motivos de recurso -ambos por el 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social-- en los que denuncia la infracción de los artículos 70 y 83 del EBEP y 18 de la Ley 30/84 y 2.3 del Código Civil - por entender que no resulta de aplicación al contrato de la actora vinculado a una oferta de empleo público de 2000 pues el artículo 18 de la Ley 30/84 no establece plazo -motivo primero y vulneración del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en cuanto los contratos de interinaje no devengan, por la extinción de la cobertura de la plaza, indemnización alguna.

También recurre la actora al amparo del artículo 193 c) de la L.R.J.S . con tres motivos denunciando en el primero que el despido es improcedente por dilación en la cobertura de la plaza -lo que reitera en el segundo que invoca el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y 8 del Real Decreto 2720/98 -y en el tercero, que se vulnera el artículo 26.3 de la L.R.J.S . y la Directiva 1999/70/Constitución Española del Consejo de 28/06/99 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada así como el artículo 96 de la Constitución Española .

Al efecto procede rechazar el recurso de la demandada y estimar el motivo del recurso de la actora fijando una indemnización de veinte días de salario por año.

La sentencia concreta su *ratio decidendi* de modo fundamental en el fundamento de derecho tercero que dice:

«Planteados así los términos del debate, es preciso determinar en primer lugar, la validez o no del contrato de interinidad de la demandante.

El artículo 70.1 del EBEP dispone: "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. (...)"

Como vino a recordar la Sentencia del TSJ de Galicia de fecha 29/06/2016 , si bien una primera línea jurisprudencial sostuvo que la relación no se transformaba en indefinida por haberse superado el plazo máximo previsto en las normas para la duración del contrato de interinidad, dado que el art. 4.1 y 2 b) del RD 2720/98, de 18 de diciembre , establece que por lo que hace a los procesos de selección en las Administraciones Públicas, dicho contrato de interinaje durará el tiempo correspondiente a dichos procesos, la más moderna doctrina del



Tribunal Supremo considera, en aplicación del art. 70.1 de la Ley 7/2007 EBEP y el art. 4.2 b) del RD 2720/1998, que la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que la misma quedó desierta.

En tal caso, como entendieron las SSTs 14/07/14 -rcud 1847/13 -; 15/07/14 -rcud 1833/13 -; y 14/10/14 -rcud 711/13 -, debe reconocerse a los trabajadores la condición de "indefinidos no fijos".

No obstante, como puso de manifiesto la STS de 14/10/2014 -rcud 711/13 -, a raíz de la STS de 24/06/2014 -rcud 217/13 - la diferencia entre trabajador interino por vacante y trabajador indefinido no fijo ha devenido irrelevante a efectos extintivos; y es que dicha sentencia, en la que se planteaba la cuestión de si se trataba de un despido colectivo por causas económicas y organizativas previsto en el art. 51 del ET, o ante la simple y normal extinción de contratos de interinidad por vacante de los afectados porque al amortizarse los puestos de trabajo que ocupaban se había cumplido la condición resolutoria de los mismos, llegó a la conclusión de que "(...) la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) del E.T.. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva R.P.T., supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva R.P.T. tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos".

Por su parte, la Sentencia del TS (4ª) de 07/11/2016 -Rec. 755/2015 -, recordaba los criterios que había venido estableciendo el TS en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, en los siguientes términos:

"(...) 3. En la STS/4ª/Pleno de 24 junio 2014 (rcud.217/2013) 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 (rcud. 1380/2012) 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.

4. 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.

5. 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 ya 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.

Así lo hemos indicado en las STS/4ª de 15 junio y 6 octubre 2015 (rcud. 2924/2014 y 2592/2014, respectivamente) y 4 febrero 2016 (rcud. 2638/2014)".

La citada sentencia del TS (4ª) de 07/11/2016 -Rec. 755/2015 - se dictó en un caso similar al que nos ocupa, - si bien se trataba de un trabajador indefinido no fijo de la Administración al que se le había reconocido por el Juzgado de instancia, como consecuencia de la finalización de su contrato, una indemnización acorde a lo previsto en el artículo 49.1 c) del ET -, habiendo entendido que el pronunciamiento del Juzgado era correcto en base a los argumentos que han quedado expuestos.

En el presente caso se deduce de todo lo anterior:

1º) Que la demandante tenía la condición de trabajadora indefinida no fija de la Administración el 30/09/2016.

2º) Que no existió despido, - ya que la plaza de la demandante no se amortizó sino que se cubrió por el procedimiento reglamentario, no siendo por tanto necesario el trámite previsto en los artículos 52 y/o 53 del ET -, lo que determinó la finalización de su contrato como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET, lo que lleva a desestimar la petición principal de la demanda apreciando la falta de acción, y

3º) Que dado que la demandante ya no presta servicios para la Comunidad de Madrid, y teniendo en cuenta lo resuelto por el TS en la citada sentencia de fecha 07/11/16, se considera pertinente estimar parcialmente la pretensión indemnizatoria formulada con carácter subsidiario en la demanda, condenando a la Comunidad de Madrid a abonar a la demandante una indemnización como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo, que debe ser de 12 días de salario por año de servicio, ya que el supuesto enjuiciado no es equiparable al de un trabajador laboral fijo comparable que pierde su empleo por la concurrencia de alguna de las causas objetivas previstas en el art. 51 ET, puesto que en tal caso cualquier trabajador indefinido no fijo, e incluso interino, y cualquier trabajador con contrato temporal de la Administración, tendría derecho a percibir con arreglo a la legislación nacional española la misma indemnización de 20 días de salario por año de servicio que tendría derecho a percibir un trabajador fijo.

A tal conclusión relativa a la indemnización solicitada con carácter subsidiario en la demanda, se llega además teniendo en cuenta que la sentencia del TS (4ª) de 17/10/2016 -Rec. 36/2016 - vino a recordar, que cuando los términos de una Directiva que no ha sido traspuesta en plazo o lo ha sido indebidamente, son claros, terminantes e incondicionados, se abren distintas posibilidades:

1º) Su aplicación directa en los litigios entre los particulares y la Administración Pública del Estado- eficacia vertical-, y

2º) La interpretación conforme al Derecho de la Unión, cuando se trate de un litigio entre particulares -eficacia horizontal-, pues aunque la Directiva que no ha sido correctamente traspuesta no admite su eficacia directa, "Frente a las indeseadas consecuencias de la inaplicabilidad "directa" de "inter privados" de las Directivas, el primer instrumento corrector es el de "interpretación conforme" que se perfila por el TJ diciendo que el órgano jurisdiccional "está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado", -actual 288 TFUE (...)".

Por consiguiente procede desestimar las excepciones de Inadecuación de procedimiento y Acumulación indebida de acciones invocadas por la demandada; y habiendo quedado acreditado que el contrato de interinidad por vacante de la actora se formalizó el 01/06/2002, no habiendo resultado controvertido que su salario ascendía últimamente a 70,34 €/día, fijar el importe de la indemnización a razón de 12 días de salario por año de servicio, que asciende a 12.098,48 €, condenando a la Comunidad de Madrid al abono de dicha cantidad.»

Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado múltiples veces. Dice al efecto el Fundamento de Derecho Tercero de nuestra sentencia nº 722/17 de 17/11/2017 :

«Respecto al motivo séptimo en el que se denuncia la infracción de los artículos 26.3 L.R.J.S. así como Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28/06/99 relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada así como el 96 de la Constitución Española y diversas sentencias que se citan hemos de partir del criterio reiterado de este Tribunal que refleja ad exemplum nuestra Sentencia de 15/03/2017 en cuyo fundamento de derecho se dice:

«ÚNICO: Frente a la sentencia de instancia se alza en suplicación la actora articulando un motivo único en el que por el 193 c) de la L.R.J.S. denuncia la infracción de los artículos 8 y 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en



relación con el 4 del Real Decreto 2720/98, razonando que en el contrato de interinaje pactado no se concretó la causa de sustitución y por ello el contrato es nulo y la actora era fija a la fecha de la extinción, existiendo un despido que debe reputarse como improcedente. El motivo carece de base como se desprende del incombustible relato fáctico, no existiendo duda alguna respecto al objeto de la sustitución (hecho probado segundo). Ahora bien como el supuesto es similar al que resolvió nuestra Sentencia nº 613/2016 de 05/10/16 como consecuencia de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14/09/2015 de hecho este procedimiento se suspendió a la espera de tal respuesta europea, se ha dado audiencia a las partes "para que aleguen sobre la posible aplicación al litigio de la sentencia del TJUE (Sala décima) de 14/09/2015" solicitando la actora como petición subsidiaria a la principal que deriva del motivo ya rechazado que "se conceda el derecho a percibir la indemnización de 20 días por año trabajado como consecuencia de la finalización de la prestación de servicios" y alegando la demandada con cita de la Sentencia 1798/2016, de 16 de noviembre de 2016, del TSJA, Sala de lo Social, Recurso nº 1539/16, que, como las Directivas de la Unión Europea no tienen efecto directo horizontal entre particulares excepto en los casos que desarrollen normas discriminatorias (que no incluye en sentido propio el tratamiento diferente entre trabajadores fijos y temporales) y no cabe una interpretación conforme del artículo 19.1.c) del Estatuto de los Trabajadores dados los términos del mismo, debe ser el Estado y no la empresa la que pague la indemnización por "incorrecta transposición de la Directiva 1999/1970". Se trata de una sentencia referida a un contrato temporal distinto al de interinaje, con una regulación legal totalmente diversa y por ello, y en principio, ajena al ámbito de la Sentencia del TJUE referida. La doctrina que fijamos en la sentencia anterior la fija el fundamento de derecho tercero en los siguientes términos:

«Sentado lo anterior, en el caso de la actora nos encontramos en un supuesto de temporalidad con "tempus" no acotado y de previsibilidad incierta hasta el extremo de que la duración del contrato se ha extendido a más de siete años, acaeciendo la extinción contractual en virtud de una causa objetiva -en el sentido de no reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad empresarial- con una estructura causal análoga a las que el artículo 52 del ET denomina "causas objetivas", en cuanto a su través se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral. En efecto no es solo que la causa extintiva sea ad initio temporalmente indeterminada, pues la incorporación de la trabajadora sustituida se ha producido al margen de su voluntad de regreso o del término de la vigencia de su cargo representativo, desde la perspectiva de las condiciones vigentes a la fecha del pacto contractual sino que ha tenido lugar en virtud del hecho, totalmente impredecible, de la entrada en vigor de una urgente reforma legislativa que cercenó drásticamente el número de liberados sindicales en el sector público, de modo que la extinción del contrato ha sido corolario de la previa amortización de un puesto de liberada sindical, evento indubitadamente sobrevenido; aunque debemos matizar el carácter, en cierto modo irrelevante de esta circunstancia a los efectos litigiosos, en cuanto de no haberse producido tal acontecimiento el contrato de la actora hubiera continuado en el tiempo hasta ocupar, potencialmente toda su vida laboral activa.

Nuestra ley al autonomizar ciertas causas objetivas como instrumentos de la contratación temporal aboca al pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realizan similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue. La cuestión no estriba en la consideración de que las causas del artículo 52 precitado sean aplicables al contrato de interinidad - que lo son - sino que la causa extintiva que se ha aplicado, conforme a la ley española, a la actora, negándole así cualquier derecho indemnizatorio, no le sería de aplicación si su contratación no fuera temporal, en cuyo caso tendría siempre, al menos, un derecho indemnizatorio de 20 días de salario por año trabajado si en la empresa se produjera la situación de exceso de trabajadores en relación con los puestos de trabajo reales desde la perspectiva de la productividad mercantil.

Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto



a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación.

Por tanto hemos de estar a lo que establece el artículo 123 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en su apartado 1

Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido.

siendo doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 7-2-2012, rec. 649/2011, que:

el sistema legalmente establecido para la extinción contractual por causas objetivas - art. 53.1 ET - impone tres requisitos para la validez formal de tales ceses (comunicación escrita; puesta a disposición de la indemnización; y concesión del plazo de preaviso de un mes o alternativo abono de los salarios correspondientes a dicho periodo), y la posible elusión legal de la simultánea puesta a disposición -con la comunicación extintiva- de la indemnización y del importe correspondiente al preaviso no observado tiene la exclusiva finalidad de evitar el pronunciamiento de nulidad que en principio comportaría el incumplimiento de aquellos requisitos (art. 53.1.4 ET), hasta el punto de que la propia norma se cuida de disponer (inciso final del apartado segundo del art. 53.1.b) ET) que tal exención de simultánea puesta a disposición se entiende «sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél (el empresario) su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva»; mandato que ha de complementarse con el efectuado por el art. 53.5.a) ET, respecto de que cuando la autoridad judicial califique como procedente la extinción, «el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista..., consolidándola de haberla recibido», con lo que resulta razonable colegir que de no haberla percibido, la declaración de «consolidación» habrá de ser sustituida por la de condena a su abono. Y aunque en teoría pudieran suscitarse dudas -que en principio no compartimos, a la vista de la redacción del precepto- respecto de si en todo caso procedería efectuar de oficio un pronunciamiento judicial sobre tal débito, lo que se presenta inequívocamente claro es que solicitado el mismo por el trabajador (es el supuesto de las decisiones contrastadas), la sentencia que declare la procedencia de la extinción por la concurrencia de causa legal, en todo caso ha de acoger la pretensión subsidiaria sobre condena al abono de los conceptos (indemnizatorio por el cese; y resarcitorio por el preaviso incumplido) todavía no satisfechos, puesto que legalmente procede, conforme se ha indicado, y con ella no se incurre en indebida acumulación de acciones, al tratarse de una consecuencia legalmente prevista para la procedencia del despido por causas objetivas.»

Lo primero que hemos de decir es que, si bien es cierto que nuestra sentencia anterior tenía como empresa demandada al propio Estado personalidad jurídica única del que es un simple órgano el Ministerio de Defensa, la concreción de la no aplicación horizontal de las directivas entre particulares que se alega admite matices cuando se proyecta en relaciones jurídicas verticales como es sin duda la relación laboral, de modo que, subsumiendo el efecto aplicativo en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos plantearnos si la exigencia de reclamación al Estado debemos "cargarla" en la parte débil, jurídicamente tutelada por nuestro ordenamiento jurídico, como es el trabajador o proyectarla en el empresario aplicando un principio jurídico de nuestro ordenamiento jurídico del que es expresión "ad exemplum" el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores.

La STS 08/06/16 (Recurso 207/150) desarrolla la doctrina de la STS /03/15 (Recurso 2057/14) sobre la eficacia directa de las directivas comunitarias solo al Estado miembro que elige la forma y medios de esta aplicación reconociendo no obstante la eficacia directa reaccional cuando se trate de prescripciones suficientemente precisas y no se haya procedido a su transposición. Se indica en la sentencia que la eficacia directa entre particulares procede desde luego en el marco de un derecho fundamental como el de no discriminación y ello al margen de la doctrina de la interpretación conforme que aborda con flexibilidad la STS de 17/10/16 (Recurso 36/16) siguiendo una interpretación enfocada a la finalidad prevista en la directiva, lo que en el supuesto litigioso es posible si atendemos a la necesidad de completar la lacónica previsión del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores que excluye, sólo respecto a los interinos, la indemnización por doce días de salario por año referida a los demás temporales, pero que no empece a la aplicación complementaria de la aplicación de la doctrina del TJUE que cubre un caso diverso, no contemplado en el Estatuto de los Trabajadores y que dimana del pronunciamiento de la Sentencia de 14/09/2015 del TJUE (Sala décima) que ha dicho:

"1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.



2) 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."

En el presente caso, la discriminación del trabajador interino es demasiado intensa para relativizarla con el endulzamiento conceptual de la discriminación impropia. El interino es objeto de un tratamiento desigual respecto al trabajador fijo y respecto a cualquier otro trabajador temporal (y la doble discriminación no ha pasado inadvertida al TJUE pese a la consideración de cierto sector doctrinal y judicial de que el tribunal europeo no ha entendido, quizás por mala exposición de este Tribunal, la, al parecer, sofisticada legislación patria que simplemente separa la causa pactada de la causa sobrevenida. Vamos a ser gráficos: ningún trabajador que como la actora ha prestado servicios ininterrumpidos durante más de siete años desde el 25/04/06 al 06/06/13 puede ver por causa ajena a su voluntad extinguido su contrato a iniciativa empresarial sin indemnización alguna. El trabajador por obra o servicio determinado, por ejemplo, a partir de los tres o cuatro (máximo) años de contrato adquiere la condición de fijo y, por ello, el derecho indemnizatorio de esta condición (artículo 15.a) del Estatuto de los Trabajadores). Los eventuales en un plazo todavía más corto (artículo 15.b) del Estatuto de los Trabajadores).

Indemnizar a la actora con doce días por año sería discriminarla respecto al resto de los temporales. El contrato de interinaje es pues el instrumento por el que nuestra sofisticada legislación permite, a través del pacto de una temporalidad atemporal, privar a los trabajadores del derecho indemnizatorio que, si no fueran objeto de tal pacto, devengarían sin duda. Y superar esta doble y por lo tanto fuerte discriminación exige que apliquemos el parámetro indemnizatorio como hicimos en la anterior sentencia.»

Y asimismo la reciente Sentencia nº 257/2017 del Pleno del Tribunal Supremo de 28/03/2017 que dice:

«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 (RCL 2015, 1695 y 1838) (EBEP (RCL 2015, 1695 y 1838)), aprobado por (RDL 5/2015, de 30 de octubre (RCL 2015, 1695)), 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 (RCL 1978, 2836) y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público), 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.»

Por otro lado la temática de la relación indefinida (no fija) en relación con el artículo 70 de la EBEP la ha estudiado este Tribunal en reiteradas sentencias en sentido diverso al que se alega. Dice ad exemplum la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 947 de 06/11/2017 de la Sección Sexta de este Tribunal en su fundamento de derecho segundo:

«SEGUNDO.- Aduce en síntesis la recurrente que el proceso de consolidación de empleo puesto en marcha por la CAM ha afectado a más de 1.000 trabajadores interinos, y que en él se han superado con creces los tres años que fija el art. 70.1 del EBEP, por lo que, y en el momento del cese, la actora era trabajadora indefinida no fija; o subsidiariamente, y para el supuesto de que no se apreciase existe un despido, interesa se fije una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, citando como infringido el art. 123 LRJS, con cita de la sentencia de esta Sala de fecha 5-10-16, de la Sección 32.

Asunto similar ya ha sido abordado y resuelto por esta misma Sala y Sección, en sentencia, entre otras muchas, de fecha 20-7-17, recurso nº 563/17, en los siguientes términos:

(PRIMERO).- Recurre en suplicación la actora contra la sentencia de instancia, que ha desestimado su demanda de despido y subsidiariamente de indemnización de 20 días por año de servicios. La COMUNIDAD DE MADRID - CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA - ha impugnado el recurso.

Los tres motivos se acogen al apartado c) del art. 193 de la LRJS, alegando en el primero la infracción de los arts. 51.1, 52.c), 53.b) y 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 70.1 del EBEP.

El examen de los contratos de interinidad por vacante suscritos en la entidad demandada con vinculación a OPE, que han sido objeto de proceso de consolidación de empleo, como ocurre con el presente, ha sido ya abordado por esta misma Sala y sección 6ª, por lo que hemos de atenernos a lo declarado en sentencia de 8-5-17, rec. 87/17, que conoció en aquel supuesto de recurso formulado por la Comunidad de Madrid, cuyos fundamentos jurídicos segundo a sexto transcribimos seguidamente:

"(SEGUNDO).- El primero de ellos mantiene que la decisión de instancia no es acorde a 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 Código Civil. 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. (...) 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. (...) 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 art. 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 2003, 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 Código Civil 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 Código Civil ("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."»

Partiendo de todos estos antecedentes hemos de concluir que el derecho indemnizatorio extintivo que se reclama de modo subsidiario resulta procedente salvo en el supuesto de la recurrente Julia al no constar extinguida su relación contractual con la Comunidad demandada pese a la procedencia de la causa extintiva cobertura reglamentaria de la plaza dada la irrelevancia de considerar a las demandantes indefinidas no fijas. En efecto, el derecho indemnizatorio por la extinción contractual por cobertura reglamentaria de la plaza procede si la relación ha de calificarse de indefinida no fija por haber incurrido la Administración en infracción de la normativa de contratación laboral al utilizar de manera fraudulenta la contratación temporal, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que hemos referido, o por haber utilizado de forma abusiva tal contratación, desnaturalizando su objeto (el abuso deriva del uso de una temporalidad sin acotación precisa que deviene en una contratación temporal de larga duración), definido en la directiva comunitaria también referida, conforme a la conocida y precitada doctrina "**Diego Porras**". Se trata de dos patologías jurídicas perfectamente contempladas en nuestro Código Civil (artículo 6.4 y 7.2 respectivamente). Así las cosas la situación jurídica actual es la siguiente. El trabajador indefinido no fijo que no es propiamente temporal ya que tal consideración deriva, en la mayoría de los supuestos, de la infracción de la normativa de contratación temporal que nuestra legislación suele sancionar con la declaración de fijeza tiene derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio de extinguirse el contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza, supuesto asimilado a estos efectos a una causa objetiva del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (asimilación razonable porque hay que optar en la analogía por la indemnización del contrato temporal (12 días) o del indefinido (20 días), no existiendo posibilidad de "inventar" módulos indemnizatorios intermedios (15 o 17 días ad exemplum) por elementales razones de seguridad jurídica, mientras que en el supuesto del contrato temporal del interino por vacante no está prevista indemnización alguna si el contrato se extingue por la misma causa objetiva (cobertura reglamentaria de la plaza). Y el supuesto de autos es por el criterio de este Tribunal en orden al plazo de cobertura de este tipo de interinidad. Así las cosas, si no aplicamos la doctrina "**Diego Porras**" en la sentencia europea se trata sólo, y en principio, de un supuesto de interinidad por sustitución con uso abusivo (cuantitativo) de la temporalidad no podríamos superar una discriminación evidente entre el trabajador no temporal indefinido fijo y el temporal interino por vacante carente, de modo manifiesto, de justificación objetiva, en cuanto en casos como el presente la duración del contrato temporal es mayor a la ordinaria de la mayoría de los contratos no temporales. Es decir, si limitáramos el uso de la Sentencia europea precitada al caso concreto que resuelve interinaje por sustitución prolongada, tendríamos obligatoriamente que plantear una cuestión prejudicial o una alternativa de constitucionalidad para superar el trato discriminatorio entre el trabajador indefinido no fijo y el trabajador interino por vacante. También deberíamos reflexionar sobre la interpretación de este Tribunal de las previsiones de la EBEP en orden a no considerar de carácter general la previsión del artículo 70.1 del EBEP y su límite de la interinidad por vacante a tres años plazo coherente con el límite máximo ordinario de la contratación temporal por obra o servicio determinado pues aboca a una discriminación indemnizatoria arbitraria en cuanto en función del sistema de cobertura de la vacante la interinidad y por ello la temporalidad no podría durar más de tres años el exceso abocaría a la no temporalidad de la indefinición no fija o por el contrario como en el caso presente la interinidad sería atemporal, discriminación que aunque provisionalmente salvable por la interpretación extensiva (en el interinaje) de este Tribunal de la doctrina comunitaria referida, supone una incongruencia notable en la jurisprudencia del Tribunal Supremo pues la indemnización de veinte días por año se concede por infracción de la normativa de la contratación temporal por las administraciones públicas a través de la declaración de la indefinición no fija, ilicitud que en principio no sería identificable en el supuesto de interinidad por vacante. Respecto al parámetro temporal indemnizatorio, hemos de tener en cuenta que nada se alega respecto a la existencia de un vínculo entre los diversos contratos de interinaje que refieren las demandas y asume por remisión la sentencia, por lo que habrá que estar a los concretos que las propias demandas refieren, todos relativos a interinidad por vacante. Ello supone computar la antigüedad para María Purificación desde 03/05/2012 a 30/09/2016, Fermina desde 11/03/2011 a 30/09/2016, Serafina desde 01/11/2007 a 30/09/2016, Clemencia desde 01/11/2007 a 30/09/2016, Montserrat desde 13/09/2007 a 30/09/2016 y Angelina desde 01/07/1999 a 30/09/2016, pues, como se dice, no consta ni se explica la vinculación de los diversos contratos temporales anteriores de distinto objeto y con interrupción temporal. Esto supone las siguientes antigüedades y salarios:

D^a María Purificación

D^a Fermina

D^a Serafina

D^a Clemencia



D^a Montserrat

D^a Angelina

4 años y 5 meses

5 años y 7 meses

8 años y 11 meses

8 años y 11 meses

9 años y 1 mes

17 años y 3 meses

1.441,21 €

697,85 €

1694,97 €

1650,86 €

1469,20 €

1783,19 €

y las indemnizaciones que se indican en el fallo.»

Así las cosas, procede entender en el caso de autos que no existe despido sino extinción de contrato por cobertura reglamentaria de la plaza y que la actora tiene derecho a una indemnización correspondiente a su antigüedad de catorce años y cuatro meses (14,33) en atención a su retribución de 2.139,65 € mes, con inclusión de pagas extras (70,34 € día) -hecho probado primero .

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de la demanda y estimando en parte el de la actora revocamos la sentencia en el único sentido de fijar la indemnización por extinción del contrato en 20.160 €.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0304-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. 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. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0304-17.



Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 30/11/2017 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ