



Roj: **STSJ AS 640/2019 - ECLI: ES:TSJAS:2019:640**

Id Cendoj: **33044340012019100450**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2019**

Nº de Recurso: **19/2019**

Nº de Resolución: **522/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE LUIS NIÑO ROMERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 6976/2018,**  
**STSJ AS 640/2019**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

SENTENCIA: 00522/2019

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2018 0004251

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000019 /2019**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000704 /2018

**RECURRENTE/S D/ña** Rosaura

**ABOGADO/A:** ALMUDENA LLAMAZARES MENDEZ

**PROCURADOR:**

**GRADUADO/A SOCIAL:**

**RECURRIDO/S D/ña:** CONSEJERIA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACION CIUDADANA DEL P. ASTURIAS

**ABOGADO/A:** LETRADO DE LA COMUNIDAD

**PROCURADOR:**

**GRAU**

**ADO/A SOCIAL:**

**Sentencia nº 522/19**

En OVIEDO, a doce de marzo de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, Presidente,



D<sup>a</sup>. PALOMA GUTIÉRREZ CAMPOS, D<sup>a</sup>. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y D. JOSÉ LUIS NIÑO ROMERO, Magistrados de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el RECURSO SUPPLICACION 0000019/2019, formalizado por la Letrada DOÑA ALMUDENA LLAMAZARES MÉNDEZ, en nombre y representación de Rosaura , contra la sentencia número 467/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000704/2018, seguidos a instancia de Rosaura frente a CONSEJERIA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACION CIUDADANA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, **siendo Magistrado- Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ LUIS NIÑO ROMERO.**

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** DOÑA Rosaura presentó demanda contra CONSEJERIA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACION CIUDADANA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 467/2018, de fecha dos de noviembre de dos mil dieciocho .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

" 1º .-D<sup>a</sup>. Rosaura , presta servicios para la CONSEJERIA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACION CIUDADANA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS mediante contrato de trabajo temporal de interinidad celebrado el 12-04-07, con la categoría profesional de Auxiliar Educadora, a tiempo parcial a razón del 65,15 % de jornada, para "cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción par su cobertura de conformidad con la cláusula tercera"; la citada cláusula establecía que "la duración del presente contrato se extenderá desde 13 de abril de 2007 y durante el tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza, o bien, hasta que sea amortizada o transformada, o bien si se produce el reingreso del personal excedente conforme al Convenio Colectivo de aplicación, así como por cobertura de personal laboral fijo, todo ello por los procedimientos legal y reglamentariamente establecidos", en el Centro de Responsabilidad Penal de Menores "Sograndio"; sujeta en cuanto a sus condiciones laborales al Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias, percibiendo un salario bruto diario en cómputo anual de 46,76 €.

2º .-Con anterioridad, la demandante había prestado servicios para la entidad demandada durante los siguientes períodos:

Del 09-08-03 al 29-08-03 eventual por circunstancias de la producción, a jornada completa, con motivo de "atender la acumulación de tareas originada en el C.A.M. Rubín de Oviedo debido al incremento de volumen de trabajo en el período estival".

Del 11-09-03 al 31-12-03 de interinidad en el C.P. Benjamín **Mateo** de La Reguera-Langreo, durante el tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza o hasta que sea amortizada o transformada.

Del 01-01-04 al 01-05-06

Del 12-08-06 al 08-09-06

Del 13-12-06 al 21-12-06

Del 26-03-07 al 09-04-07, de interinidad para sustituir a una trabajadora con derecho a reserva del puesto de trabajo.

3º .-El 18-04-17, se publicó en el BOPA la resolución por la que se convocaron pruebas selectivas para el ingreso en la categoría de Auxiliar Educador de la Administración del Principado de Asturias, ofertándose 23 plazas de promoción interna y 10 plazas por el turno libre.



Finalizadas las pruebas selectivas, el 01-09-18 se publicó en el BOPA la resolución por la que se acordó concertar contratos de trabajo de carácter fijo y adjudicar los destinos que se citan, entre los que se encontraban diez puestos de trabajo de Auxiliar Educador/a en el Centro de Responsabilidad Penal de Menores de Sograndio, adjudicando el ocupado por la demandante a D<sup>a</sup>. Francisca .

4º .-Por Resolución de 24-08-18 se acordó extinguir el contrato de trabajo de la demandante con efectos al 09-09-18 por la cobertura reglamentaria por parte de un titular.

5º .-Desde el 11-04-16 la demandante tiene un contrato laboral fijo con la Administración del Principado de Asturias para prestar servicios en la Residencia Juvenil "Ramón Menéndez Pidal" de Oviedo, a jornada completa, con la categoría profesional de Operaria de Servicios, habiéndosele concedido la excedencia voluntaria en ese puesto por incompatibilidad con el que estaba ocupando en el Centro de Menores de Sograndio en el que había optado permanecer.

6º .-Tras ser cesada en el Centro de Menores de Sograndio, la demandante solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo fijo, lo que tuvo lugar el 24-09-18.

7º .-La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni representativo alguno.

7º .-En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando totalmente la demanda presentada por D<sup>a</sup>. Rosaura contra la CONSEJERIA DE PRESIDENCIA Y PARTICIPACION CIUDADANA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, debo absolver y absuelvo a la entidad demandada citada de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Rosaura formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 4 de enero de 2019.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21 de febrero de 2019 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

**PRIMERO** .-Recurso de suplicación. Recurre en suplicación la trabajadora demandante, auxiliar educadora que prestaba servicios para la Administración demandada en el CR Penal de menores Sograndio, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 6 de Oviedo con fecha 2 de noviembre de 2018 , por la que se desestimaba la demanda que pretendía que se declarara el cese de la demandante como indebido y por ello el despido improcedente, con condena a la Administración del Principado de Asturias a la readmisión en el puesto de trabajo y abono de los salarios dejados de percibir, o al abono de la indemnización legalmente establecida; subsidiariamente solicitaba una indemnización de 20 días por año de servicios en caso de considerarse el cese justificado.

El recurso se articula en un solo motivo destinado a la censura jurídica, con encaje procesal en el apartado c) del artículo 193 LRJS , que se desarrolla en tres apartados en los que se denuncia la infracción, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 70 del EBEP , artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 4.2.b) del Real Decreto 2720/1998 , así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pretende, como ya hiciera en la instancia, la declaración de improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes, bien de readmisión o bien de indemnización, y subsidiariamente que se declare el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. El recurso ha sido impugnado por el/la Letrado del Principado de Asturias de acuerdo con las alegaciones que constan en el escrito unido a las actuaciones.

**SEGUNDO.**- Contrato de interinidad e identificación del puesto a cubrir. El primer apartado del recurso se encamina a examinar la infracción del artículo 15.1.c) ET y artículo 4.2.b) RD 2720/1998 , al entender la parte recurrente que existe una irregularidad en el contrato de interinidad al no identificar el puesto objeto de cobertura, el cual tiene un número identificativo, el 11284, que también aparece individualmente relacionado en el catálogo de puestos de trabajo por lo que pudo ser perfectamente identificada en el contrato de interinidad.

Lo primero que debe advertirse es que la parte recurrente se ha conformado con el relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, que no da por probado que el puesto de trabajo en cuestión fuera el identificado



con el número 11284, por lo que, en buena técnica procesal, debió interesarse la oportuna revisión fáctica a fin de que ese extremo de hecho que se alega por la recurrente, figure en el relato histórico de la sentencia de instancia.

El contrato de interinidad aparece contemplado en el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, cuando se celebra para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución. Se regula concretamente este contrato en el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. Según dispone en sus apartados 1 y 2:

-La causa de la contratación es cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

-El contrato deberá identificar la causa de la sustitución e identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

-La duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

-En los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica.

La utilización del contrato de interinidad por vacante debe cumplir las normas reguladoras de la modalidad, comenzando por la concurrencia de la causa justificativa de la relación. Aunque la jurisprudencia haya flexibilizado los requisitos cuando la Administración es la contratante, *el contrato de interinidad concertado no puede perder su fisonomía básica, de la que la causa es el elemento esencial* ( STSJ Asturias, de 27 septiembre de 2018 ). En este sentido se puede traer a colación la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo plasmada en su sentencia de 20 de junio de 2000 (rec.4282/1999), que se reitera en otra de 21 de marzo de 2005 (recurso 1198/2004):

*Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha mantenido tradicionalmente que ni los requisitos de forma exigidos para válida contratación temporal de trabajadores podían ser valorados como requisitos sustanciales, ni cualquier exigencia temporal podía ser interpretada de forma que impidiera la introducción de matices justificativos de una temporalidad superior a la establecida, pero en lo que no ha sido transigente es en la necesidad de que la contratación laboral, dado su carácter causal, estuviera basada en alguno de los supuestos justificativos de la misma. En concreto, respecto de la interinidad por vacante a la que aquí nos referimos, la jurisprudencia de esta Sala - que en el régimen general laboral la introdujo antes que el legislador - la ha aceptado en relación con las Administraciones públicas, con enorme flexibilidad, pero condicionando en todo caso su validez a la constancia de que se había efectuado para cubrir una plaza vacante. En un resumen del camino seguido alrededor de esta figura se aprecia cómo se comenzó diciendo que sólo era admisible para los supuestos en que "la vacante esté identificada y vinculada a una oferta pública de empleo" - SSTS 19-V-1992 (Rec.- 1737/91), 21-VI-1993 ( Rec.- 3013/92 ) - pero más adelante se aceptó que la plaza no estuviera identificada "ab initio" al admitir como válidos contratos formalmente celebrados para obra o servicio determinado cuya finalidad era la cobertura de una plaza vacante - SSTS 2-XI-1994 (Rec.- 638/94 ), 7-XI-1995 (Rec.- 473/95 ), 23-IV-1996 (Rec.- 2177/95 ) - , habiéndose aceptado incluso que la identificación de la vacante se haga sin ninguna formalidad especial como sería su vinculación a un número de la relación de puestos de trabajo, catálogo, plantilla o cuadro numérico de personal existente, bastando que la identificación se haga de modo suficiente y en condiciones de objetividad - SSTS 26-XII-1995 (Rec.- 3184/96), 14 -I- 1998 (Rec.- 1994/97 ) o 1-VI-1998 (Rec.- 4063/97 ) - . (...) Pero en lo que no se ha cedido es en la necesidad de que la contratación se produzca para cubrir una plaza que se halle vacante - SSTS 7-V-1996 (Rec.- 1360/95), 3- II-1998 ( Rec.- 400/97 ) o 4-V-98 (Rec.- 1358/97 ) - en tanto en cuanto constituye el requisito condicionante de la aceptación de esta modalidad de contratación, dado que en el propio concepto de la palabra interinaje se halla inserta la necesidad de una sustitución, como situación vicaria de una titularidad reservada respecto de una plaza vacante preexistente, y todavía no cubierta por los procedimientos reglamentarios.*

Aplicando la doctrina expuesta al caso enjuiciado se ha de resolver en sentido contrario al postulado por la recurrente, pues se cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo de existencia real de una plaza vacante a cubrir temporalmente mediante el contrato de interinidad, extremo en el que las partes han estado conformes, por lo que se da veracidad a la causa que justifica esta modalidad contractual, y además se permite la identificación del puesto a cubrir de manera adecuada y en condiciones de objetividad al expresarse en el contrato el puesto de trabajo de cuidadora t/p, en jornada los fines de semana y festivos en el centro de



responsabilidad penal de menores "Sograndio", por lo que se ha de entender que se ajusta a jurisprudencia expuesta y por ello este motivo ha de ser rechazado.

**TERCERO.**- Cobertura del puesto vacante en el plazo legalmente previsto. En el segundo apartado de la censura jurídica, denuncia la infracción del artículo **70.1** del Estatuto Básico del Empleado Público, al haber transcurrido más de tres años desde la formalización del contrato sin haber realizado el proceso de selección, lo que conduciría a la conversión del contrato temporal en indefinido.

Para resolver esta alegación hemos de partir del hecho probado consistente en que la trabajadora demandante fue contratada como auxiliar educadora el día 12 de abril de 2007, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura. No fue sino hasta el día 18 de abril de 2017, diez años después, cuando se publicó en el BOPA la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso por la categoría de Auxiliar Educador de la Administración del Principado de Asturias, proceso selectivo que culminó el día 1 de septiembre de 2018 con la publicación de adjudicación de destinos entre las personas que habían superado el proceso selectivo. El contrato de la actora se extinguió con efectos al día 9 de septiembre de 2018.

La sentencia de instancia justificó la conformidad a derecho de la actuación de la administración empleadora al considerar que no se ha infringido el plazo máximo de cobertura temporal de la plaza en cuestión al haber impedido las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado desde el año 2009.

El artículo **70.1** y 2 del EBEP dispone lo siguiente: *1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.*

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

Como ya tuvo ocasión de manifestar esta Sala, sentencia de 11 de diciembre de 2018, recurso 2391/2018, en relación con el tiempo de permanencia en la situación de interinidad, cuando se trata de Administraciones públicas, el EBEP ha venido a fijar un plazo máximo que permite entender que la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura de la plaza, desde que la misma quedó desierta; así lo ha venido a considerar la doctrina del Tribunal Supremo, en aplicación del art. **70.1** de la Ley 7/2007 EBEP y el art. 4.2.b) del RD 2720/1998 ( SSTS 14/7/2014, rec. 1847/2013 ; 15/7/2014, rec.1833/2013 ; y 14/10/2014, rec. 711/2013 ). Esta doctrina resulta plenamente aplicable al presente caso pues, discrepando de lo afirmado en la sentencia de instancia, la imposibilidad de incorporación de personal de nuevo ingreso prevista en las respectivas leyes de Presupuestos Generales del Estado tuvo plena aplicación a partir del año 2012 al haberlo establecido así la Ley 2/2012, pero las anteriores leyes presupuestarias permitían, bien que con distinta amplitud, la incorporación de nuevo personal: así la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 contemplaba una tasa de reposición de personal del 100%, para el año 2009 la tasa ascendió al 30% de acuerdo con la Ley 2/2008, posteriormente se redujo al 15% por la Ley 26/2009, para en el año 2011 quedar determinada en el 10% de acuerdo con la Ley 39/2010. Así las cosas si la Administración demandada debe incluir en la oferta de empleo público los puestos vacantes a proveer con personal de nuevo ingreso, y ello debe aprobarlo anualmente, es evidente que, en el presente caso, pudo y debió hacerlo ya en el año 2008, posibilidad que se repitió en los siguientes años 2009, 2010 y 2011, habiendo transcurrido por ello cuatro años desde que la plaza estaba vacante y en condiciones de ser cubierta, por lo que no habiéndose respetado el plazo contemplado en el artículo **70.1** EBEP supone que el contrato haya devenido en indefinido al superarse el límite temporal máximo de cobertura de la plaza.

Entiende la parte recurrente que la extinción del contrato indefinido por cobertura extemporánea de la vacante no tendría encaje en el artículo 49.1.c) ET, por lo que el cese sería ilegal y por ello constitutivo de un despido improcedente. Sin embargo la Sala discrepa de esta afirmación, pues la indefinición laboral no lleva aparejada la fijeza ya que la trabajadora no accedió al puesto de trabajo tras la oportuna superación de un proceso selectivo regido por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Es por ello que la extinción de la relación laboral de la recurrente no pueda ser considerada un despido improcedente, sin perjuicio de que la terminación de la relación laboral no tenga otras consecuencias, cuestión que se analiza a continuación.

**CUARTO.**- Indemnización por extinción de relación laboral indefinida. Queda por analizar entonces si procede estimar la pretensión subsidiaria, esto es, si la resolución del contrato de la recurrente debe llevar aparejada una indemnización de 20 días por año de servicio. Se invoca en el recurso la sentencia del Tribunal Supremo



de 28 de marzo de 2017 , así como la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la reciente sentencia de 21 de noviembre de 2018.

La sentencia de instancia no accede a la pretensión indemnizatoria al haberse superado, según se afirma en la misma, el criterio anteriormente vigente de asimilar la indemnización por el cese de un trabajador interino a la de la extinción de un contrato por causas objetivas, citándose al efecto la sentencia de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2018, dictada concretamente en el recurso 1539/2018, que aplica la nueva doctrina del TJUE contenida en la sentencia de 9 de junio de 2018 , que viene a modificar la solución alcanzada en la conocida sentencia de 14 de septiembre de 2016, caso De **Diego** Porras. Sin embargo el punto de partida no es el mismo en el presente caso y el resuelto por aquella sentencia, pues aquí partimos de un contrato que ha devenido en indefinido al haberse superado el límite temporal máximo de cobertura de la plaza, por lo que no estamos ante un contrato de interinidad, mientras que en el supuesto resuelto en la citada sentencia se trataba de un contrato de interinidad válido y al que se le aplica, lógicamente, las previsiones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico para la extinción de dicha modalidad contractual. Por ello no resulta de aplicación esa doctrina al caso aquí enjuiciado.

Dicho lo anterior debe indicarse que, efectivamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 28 de marzo de 2017 llega la conclusión de que a una trabajadora indefinida no fija, a la que se le extingue el contrato por cobertura reglamentaria de la plaza, se debe indemnizar con 20 días de salario por año de servicio. Las razones que argumenta el Tribunal Supremo son las siguientes:

*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 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.*

A la vista de las razones expuestas y debido a "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", la Sala consideró como más apropiado a la naturaleza de esta figura establecer una indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, cuando la extinción de su contrato se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. Doctrina que ha sido seguida por las SSTs de 19 de julio de 2017 (rec. 4041/2015); 9 y 12 de mayo de 2017 (rec.1806/2015 y rec. 1717/2015); y 22 de febrero 2018 (rec.68/2016); también por la de esta Sala de 27 de diciembre 2017 (rec.2549/2017).

**QUINTO.-** La parte recurrente invoca también la doctrina del TJUE, de la que destaca la sentencia de 21 de noviembre de 2018, señalando al respecto que se deja abierta la puerta que el órgano jurisdiccional nacional pueda valorar la equiparación. La citada sentencia del TJUE es objeto de análisis en la sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2018 , recurso 2311/2018, en la que se expone lo siguiente:

*La STJUE 21 de noviembre 2018 (C-619/17 , de **Diego** Porras 2)" mantiene el criterio seguido en los casos "**Montero Mateos**" y "Grupo Norte Facility" en lo que respecta a la existencia de una razón objetiva que justifica un*



trato diferenciado entre trabajadores con contratos de trabajo temporales e indefinidos, razonando (apartados. 73 y 74) que:

"el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo.

En estas circunstancias, cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida".

Recuerda a continuación el Tribunal que la cláusula 5ª del Acuerdo Marco no enuncia sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco (párrafo 87).

No obstante ello, a pesar de que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar la idoneidad de estas medidas de acuerdo con estos parámetros, el TJUE entiende que "El abono de una indemnización por extinción de contrato, como la contemplada en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo marco, consistente en prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. En efecto, tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada (párrafo 94).

En consecuencia, esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 87 de la presente sentencia (párrafo 94)".

En fin, entrando a resolver la tercera cuestión prejudicial planteada, considera el Tribunal que "(párrafo 98)...en principio la cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal ( sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C184/15 y C197/15, EU:C:2016:680, apartado 48 y jurisprudencia citada)".

Y, por consiguiente, en el caso de que el TS entienda que el importe de la indemnización ex art. 49.1.c) del ET constituye una medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, el hecho de que los interinos no reciban compensación alguna sólo se ajustaría al Acuerdo Marco si existiera en el derecho español una medida eficaz equivalente para prevenir el abuso.

En suma se reconoce por el Tribunal que la previsión de una indemnización como la regulada en el Art. 49.1.c) del ET para los interinos puede ser una buena medida contra el abuso, con la salvedad que puede no exigirse la misma si existe una medida alternativa.

Quinto.- Llegados a este punto la cuestión a dilucidar es el quantum de la indemnización, esto es, si la misma ha de ascender a 10 o a 20 días por año de servicio.

A este respecto no podemos ignorar que en el apartado 64 del asunto **Montero Mateos** se mandata al juez nacional para verificar si las circunstancias concurrentes en el caso: imprevisibilidad de la duración del contrato de interinidad y su duración inusualmente larga, no darían lugar a su calificación como contrato fijo; calificación que, tratándose de una administración pública, sería la de indefinido no fijo como más arriba ya se ha resuelto.

Al hacerlo así la Sala ha tomado en consideración la postura adopta por la A.G. Sra. Tarsila, en el asunto **Montero Mateos**, en el sentido de que "las conductas abusivas (...) deberían combatirse de forma eficaz y disuasoria con las medidas específicamente previstas para ello en el sentido de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, incluida la de convertir un contrato de trabajo de duración determinada en uno celebrado por tiempo indefinido. Al hacerlo no debería desdibujarse la diferencia entre la protección contra la discriminación del cláusula 4.1 y la lucha contra los abusos del la cláusula 5 del Acuerdo marco, como ha indicado acertadamente la Comisión"(párrafo 59).



Con todo y en relación con estos novedosos conceptos, analizados por la STSJ de Castilla y León de 8 de junio de 2018 rec.833/16 , citada en la recurrida, cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) En el presente caso es obvio que el contrato de interinidad del demandante tiene una "duración imprevisible" aunque se trate de un contrato cuya causa extintiva esta prefijada al momento de su suscripción: cobertura de la plaza por sistema reglado y, por tanto, en unos términos conocidos por la parte demandante, bien que no era conocedora de la fecha concreta en la que ese acontecimiento tendría lugar, pues no cabe olvidar que la plaza que venía sirviendo correspondía a la oferta de empleo público del año 2006, y aunque por Resolución de 30 de abril de 2007 del Viceconsejero de Presupuestos y Administración Pública se había acordado la convocatoria para su cobertura reglamentaria, a la fecha de otorgamiento del contrato, el 4 de marzo de 2013, no había visos de que las pruebas previstas y el concurso convocado fueran a llevarse a efecto a corto plazo. Por consiguiente, y atendiendo a los términos de su contrato, no había manera de conocer con cierta precisión la fecha de cobertura de la plaza y consiguiente extinción del contrato que devino de esta forma en acontecimiento imprevisible aunque eso sí, de constatación objetivable una vez producido,

b) Respecto a la cuestión relativa a la "duración excesivamente larga" del contrato, la Sala considera que así debe reputarse la duración del contrato del actor, no en vano más arriba se ha calificado la relación laboral como indefinida no fija, en razón precisamente de que la duración del contrato había sobrepasado los linderos diseñados por el propio legislador para fijar la duración máxima total de un contrato temporal como el analizado.

A este respecto, los criterios seguidos por la doctrina de suplicación [ STSJ- Castilla y León(Valladolid) de 8 de junio de 2018,rec. 833/16 , STSJ-Madrid de 26 de junio de 2018,rec. 56/2018 ; STSJ-Andalucía (Sevilla) de 25 de octubre de 2018, rec.3737/2017 , STSJ-Andalucía (Granada) del 12 de julio de 2018, rec.280/2018 ; STSJ-Castilla La Mancha de 26 de junio 2018, rec.410/2018 ]] a la hora de precisar de una forma más o menos objetiva este nuevo concepto jurídico indeterminado de la doctrina comunitaria "duración inusualmente larga", pueden resumirse en los siguientes términos:

a) el marco de 24 meses en un plazo de 30 del art. 15.5 y la D.A. 15ª del ET , que son la transposición interna de la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco, mandato llevado a cabo con el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio (y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre) y que permiten al juez nacional calificar como abusivo el recurso a la contratación temporal, pues aunque tales normas se refieren únicamente a la duración acumulada de dos o más contratos temporales, pueden darnos la pauta de interpretación para llegar a una determinación lo más objetiva posible de cuál es la duración que el legislador considera dentro de lo admisible como límite normal para los contratos de interinidad por vacante en el seno de las Administraciones.

b) El segundo límite, que es el que se ha seguido en la presente resolución, es el de los tres años establecido en el Art. 70 del EBEP para la ejecución de la Oferta de Empleo Pública, lo que conecta a este precepto de forma directa con la duración de los contratos de interinidad suscritos para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva ( Arts. 4.2.b) del Real Decreto 2720/1998 ). A la vista de lo anterior, es obvio que el legislador ha considerado, cuando de una Administración Pública se trata, que el límite de tres años como el legalmente aceptable para determinar la duración máxima de los contratos temporales por interinidad por vacante, sin perjuicio de determinadas excepciones en caso de sustitución.

Como recuerdan las sentencias más arriba citadas tres años es también el límite establecido por el art. 15.1.a) del ET para los contratos por obra o servicio determinado y este mismo límite se mantiene en el contrato de fomento del empleo de las personas con discapacidad ( disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre ).

De todo lo expuesto hasta ahora resulta que la extinción del contrato de la recurrente, configurada como indefinida no fija al haberse superado el límite previsto en el artículo 70 EBEP y haber alcanzado una duración de nada menos que 10 años, por lo que se trataría igualmente de una relación laboral temporal inusualmente larga, debió acordarse con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, lo que supone una indemnización a su favor de 10.676,87 euros, por lo que procede la estimación parcial del recurso.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la defensa de doña Rosaura , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 6 de Oviedo con fecha 2 de noviembre de 2018 , que se revoca, y estimando parcialmente la demanda se declara el derecho de la trabajadora a percibir una indemnización de 20 de salario por año de servicio, equivalente a la cantidad de 10.676,87 euros, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración y al pago de la citada cantidad.





*Medios de impugnación*

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en esto y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, **no** tificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ