



Roj: **STS 2195/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2195**

Id Cendoj: **28079140012017100372**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **1717/2015**

Nº de Resolución: **421/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ministerio de Defensa representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2015 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 622/2014 , interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid , en autos nº 371/2013, seguidos a instancias de D<sup>a</sup>. Debora contra el Ministerio de Defensa sobre despido. Ha comparecido en concepto de recurrido D<sup>a</sup>. Debora representada y asistida por el letrado D. Raúl Curto González.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de febrero de 2015, el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimando la demanda de D<sup>a</sup> Debora y declarando que la extinción de su contrato de trabajo efectuada el día 23 de enero de 2013 no es constitutiva de despido, absuelvo al Ministerio de Defensa de cuantas peticiones se deducían en su contra.»

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- La actora Da Debora ha venido prestando servicios para la demandada, Ministerio de Defensa, desde el día 23 de junio de 2005, con la categoría de oficial de gestión y servicios comunes y percibiendo un salario-bruto mensual de 1.301,38 € con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras. La relación laboral de la actora fue declarada de carácter indefinido en virtud de sentencia del Jdo. de lo Social nº 2 de esta capital, dictada en autos 196/2008 el día 7 de octubre de 2008 por cesión ilegal. En cumplimiento de dicha sentencia, el Mº de Defensa y la actora, el día 10 de noviembre de 2009, suscribieron contrato, por el que se declaraba que la relación laboral de la actora era indefinida y no fija y se le adjudicaba a la vacante 2C410/002 con la categoría laboral de Oficial de Gestión y Servicios Comunes (Grupo profesional 4 del II convenio único), adscrita a la Subdirección General de Patrimonio.

2º.- El día 20 de junio de 2011 se le comunicó que de conformidad con el art. 30 del convenio único se procedía a sacar a concurso la vacante por ella ocupada y que podría acceder al concurso por el sistema libre, caso de no superar el proceso o que la plaza fuera adjudicada a otro postulante, la relación laboral quedaría extinguida de conformidad con lo previsto en el art. 8.1 c 4ª del Real Decreto 2710/1988, de 18 de diciembre . La comunicación consta y se da por reproducida.

3º.- La actora se presentó al concurso por solicitud cursada el 14 de julio de 2011. La actora superó la prueba pero obtuvo peor puntuación que el primer aspirante al que se le adjudicó la plaza por orden de 22 de enero de 2013.

4º.- La actora recibió comunicación de extinción de su contrato de trabajo el 23 de enero de 2013.



5º.- Se ha agotado la vía administrativa»

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D<sup>a</sup>. Debora formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el/la LETRADO D./Dña. RAUL CURTO GONZALEZ en nombre y representación de D./Dña. Debora, a los solos efectos de condenar al MINISTERIO DE DEFENSA al abono de una indemnización que asciende a 6.482,23 €, debiendo confirmarse el resto de pronunciamientos contenidos en la Sentencia de instancia. Y ello, sin hacer especial pronunciamiento de costas, ni en materia de depósitos y consignaciones.»

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Sr. Abogado del Estado en representación del Ministerio de Defensa interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 11 de abril de 2014 (rec. suplicación 69/2014).

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 6 de abril de 2017, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La actora ha venido prestando servicios para el Ministerio de Defensa, desde el 23 de junio de 2005, con la categoría de oficial de gestión y servicios comunes. Dicha relación laboral fue declarada de carácter indefinido por sentencia de 7 de octubre de 2008, por cesión ilegal. En cumplimiento de dicha sentencia, el Ministerio de Defensa y la actora suscribieron un contrato por el que se declaraba indefinida no fija la relación laboral y se la adjudicaba a la vacante 2C410/002, con la categoría laboral de Oficial de Gestión y Servicios Comunes (Grupo profesional 4 del II Convenio Único), adscrita a la Subdirección General de Patrimonio.

El 20 de junio de 2011 se comunicó a la trabajadora que se iba a proceder a sacar a concurso la vacante que ocupaba, pudiendo acceder al concurso por el sistema libre, y que en caso de no superar el proceso o que la plaza fuera adjudicada a otro postulante, la relación laboral quedaría extinguida. La actora se presentó al concurso superando la prueba, pero obtuvo peor puntuación que el primer aspirante al que se le adjudicó la plaza por Orden de 22 de enero de 2013. La actora recibió comunicación de extinción de su contrato de trabajo el 23 de enero de 2013.

**2.-** La sentencia recurrida, dictada por la de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 2015 (rec. 622/2014), estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia de instancia y condenó al Ministerio de Defensa al abono a la demandante, de una indemnización, confirmando el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia que había desestimado la demanda de la trabajadora, y declaró que la extinción de su contrato de trabajo, efectuada el 23 de enero de 2013 no era constitutiva de despido, y absolvió al Ministerio de Defensa de cuantas peticiones se deducían en su contra.

La Sala de suplicación, siguiendo el criterio expresado en un pronunciamiento previo de la misma Sala, determina la indemnización por la extinción del contrato de trabajo de la demandante, por analogía a lo dispuesto en el art. 53.1.b) ET. El motivo de recurso que acoge la Sala denunciaba la infracción de la Directiva 1999/70/CE y de la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores por entender que tiene primacía el derecho comunitario sobre el nacional en caso de conflicto y que la Disposición Adicional Decimoquinta del ET se opone a lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, lo que supone que debe ser inaplicable a los supuestos de contratación temporal ilegal en el sector público, como es el caso, lo que lleva a tener que establecer para las extinciones de dichas contrataciones, una compensación económica adecuada. La Sala analiza la naturaleza de la indemnización concedida al efecto de sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que ha de regirse por lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET, que es la que corresponde al "trabajador con contrato de duración indefinida comparable"; y concluye señalando que la indemnización por la extinción del contrato de trabajo de la demandante debe determinarse conforme a lo dispuesto en el art. 53.1.b) ET por analogía, por encontrarnos ante una trabajadora "indefinida no fija".

**SEGUNDO.- 1.-** Recurre en casación para la unificación de doctrina el Ministerio de Defensa, articulando un motivo único de recurso, en el que centra el núcleo de la contradicción en la determinación del derecho a una indemnización por extinción del contrato, en cuantía equivalente a la que corresponde a la extinción por causas objetivas del art. 53.1.b) ET, en un caso en el que se produce la extinción de un contrato indefinido



no fijo celebrado por la Administración, debido a que la vacante se cubrió por el procedimiento legalmente establecido, en virtud de una convocatoria pública en la que participó la actora, quien no logró superar dicho proceso selectivo.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del RSJ de Madrid de 11 de abril de 2014 (rec. 69/2014 ), que enjuicia un supuesto idéntico al de la sentencia recurrida, al tratarse igualmente de una trabajadora que había prestado sus servicios para el Instituto de la Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, Organismo Autónomo del Ministerio de Defensa, desde el 3 de junio de 2004, con categoría profesional de oficial de gestión y servicios comunes, con contratación de carácter indefinido a tiempo completo, determinada en ejecución de sentencia; e igualmente se le comunicó la convocatoria del proceso selectivo en el que se incluía la cobertura del puesto que aquella ocupaba. La trabajadora concurrió a la convocatoria pero fue otra persona finalmente la adjudicataria de la plaza que ella había venido ocupando. El 4 de marzo de 2013 se procedió a la baja de la demandante, haciendo constar como causa la extinción del contrato por causas legalmente establecidas.

La sentencia de instancia desestimó la demanda de la trabajadora, y la referencial desestimando el recurso de la actora confirmó la de instancia, señalando -entre otras razones- que la trabajadora tiene la condición de trabajadora indefinida a tiempo completo no fija, y que la no superación del proceso de selección en que participó, es causa válida de extinción de la relación que mantiene, puesto que la plaza que ocupaba interinamente había sido adjudicada a quien obtuvo mejor puntuación en el concurso, así como que el contrato indefinido no fijo es la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones Públicas, mediante la consolidación estable de una situación que sólo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante.

**2.-** El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, ( SSTS 29/04/2014 (R. 609/2013 ), 17/06/2014 (R. 2098/2013 ), 18/12/2014 (R. 2810/2012 ) y 21/01/2015 (R. 160/2014 ).

Atendiendo a las circunstancias expresadas en el punto anterior, es claro que entre las sentencias comparadas concurre el requisito de contradicción exigido por el art. 219 LRJS .

**TERCERO.- 1.-** El Abogado del Estado en su recurso, denuncia la infracción del art. 49.1.b) en relación con su apartado c) y la Disposición Transitoria 13ª del ET , sosteniendo que la indemnización prevista en la letra c) para la finalización de los contratos temporales para obra o servicio determinado o por circunstancias de la producción no es extensible a otros supuestos, como el de cobertura de plaza en el caso de trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas.

La cuestión litigiosa, en supuesto similar, ha sido sometida a consideración de esta Sala IV/ TS, resuelta por el Pleno de la misma, en sentencia de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015 ). En la citada sentencia se contiene el siguiente razonamiento:

"La cuestión que se plantea viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo que ya ha sentado doctrina y establecido criterios a los que se debe estar con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde el abono de la indemnización al art. 49-1-c) del ET . Esta doctrina, sentada en nuestras sentencias de 15 de junio de 2015 (Rec. 2924/2014 ), 6 de octubre de 2015 (Rec. 2592/2014 ), 4 de febrero de 2016 (Rec. 2638/2014 ) y 7 de noviembre de 2016 (Rec. 755/2015 ), entre otras es resumida por la citada en último lugar diciendo:

"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..."

"...En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET., y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos..."

"... El citado art., 49.1 c) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Y añade que «A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación». La norma se completa con la Disp. Trans. 13ª ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación..."

"... La norma resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En concreto en el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial española, se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Además, el TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.

Dado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene 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."

**4.** La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos llevaría a estimar el recurso del Abogado del Estado, como hemos hecho en supuestos anteriores. No obstante, un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo con base en las siguientes razones:

Primera. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

Segunda. Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, ( art. 15, números 3 y 5, del ET ), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad ( artículos 103 de la Constitución 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".

2.- Las consideraciones expuestas nos llevan, por razones de seguridad jurídica, y visto el informe del Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Sin costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en representación del MINISTERIO DE DEFENSA contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en recurso de suplicación nº 622/2014 . 2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida. 3. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> Rosa María Viroles Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.