



Roj: **STS 5057/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5057**

Id Cendoj: **28079140012013100677**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2013**

Nº de Recurso: **1380/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, representado y defendido por la Letrada Sra. Pérez Yuste, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2012, en el recurso de suplicación nº 4417/11, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de mayo de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, en los autos nº 1776/09, seguidos a instancia de D^a Estela contra dicho recurrente, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida D^a Estela, representada y defendida por el Letrada Sra. López López.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de febrero de 2012 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, en los autos nº 1776/09, seguidos a instancia de D^a Estela contra dicho recurrente, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, en autos nº 1776/2009, seguidos a instancia de D^a Estela contra COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID en reclamación por despido, revocando la misma y declaramos nulo el despido de la trabajadora condenando a la empresa a que proceda a la inmediata readmisión de la demandante y que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 5 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Que la demandante viene prestando sus servicios por cuenta y orden primero del INSALUD y posteriormente tras el traspaso de competencias a las comunidades autónomas, para el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD desde el 09-03-1993, con contrato indefinido, personal laboral, declarado por sentencia firme del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Madrid, de fecha 10-07-1995, Sentencia que fue confirmada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18-11-1996, y adquirió firmeza el 11-06-1997; con la categoría profesional de Técnico Auxiliar Laboratorio, en el Centro de Salud Vicente Soldevilla de Madrid, perteneciente al Área 1 del Sermas y percibiendo una retribución mensual de 2.057,27 euros brutos incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. ---2º.- Ponemos en su conocimiento que, al finalizar la jornada laboral del día 6 de octubre del año en curso, cese (sic) en la prestación de servicios con la categoría T.E.L., de Instituciones Sanitarias, en este Área Sanitaria 1 de Atención Especializada, por cese de actividad del Servicio al que se encontraba adscrito. ---3º.- Que así las cosas el día 6 de octubre se le entregó notificación firmada por el Director Gerente de Atención Especializada



del Area 1 del SERMAS, D. Miguel Ángel , en la que se el comunicaba el despido con efectos de ese mismo día del siguiente tenor literal: Ponemos en su conocimiento que, al finalizar la jornada laboral del día 6 de octubre del año en curso, cese en la prestación de servicios con la categoría T.E.L. de Instituciones Sanitarias, en este Area Sanitaria 1 de Atención Especializada, por cese de actividad del Servicio al que se encontraba adscrito (sic). ---4º.- Que el día 9 de octubre del presente año, la actora acudió al nuevo destino (destino Hospital 12 de Octubre), para interesarse por su nuevo destino y puesto de trabajo y D^a Purificación (JEFA de Sección del citado Centro), le solicitó la sentencia por la que se declaraba fija su relación laboral. ---5º.- Que el día 12 de octubre del presente año, D^a Purificación , le indicó que no era personal laboral fijo sino interino, y que por tanto no le correspondía ocupar el nuevo destino. ---6º.- Que se ha agotado la vía administrativa previa, habiendo interpuesto en fecha 27.10.2009, la correspondiente Reclamación Previa, que ha sido desestimada por resolución de fecha 13-11-2009, notificada a la actora el 20 de noviembre de 2009. En dicha resolución se le informaba que podía interponer demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días hábiles. ---7º.- Que no ostenta ni ha ostentado la actora en el año anterior al despido la cualidad de representante legal ni representante sindical de los trabajadores. ---8º.- La demanda fue presentada ante el Juzgado el día 17-12-2009".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda formulaba por D^a Estela contra la COMUNIDAD DE MADRID, debo absolver y absuelvo libremente a la Comunidad demandada de las pretensiones frente a la misma deducidas en la demanda".

TERCERO.- La Letrada Sra. Pérez Yuste, en representación del SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, mediante escrito de 22 de mayo de 2012, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña de 4 de abril de 2003 . SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 51 , 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 5 de noviembre de 2012 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de mayo de 2013. Por providencia de dicha fecha se acordó que, dadas las características de la cuestión planteada y su trascendencia, procedía su debate en Sala General. A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado, trasladando el mismo para el día 19 de junio actual. Por providencia de 19 de junio se suspendió el señalamiento acordado ese día, trasladando el mismo al 17 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, que se mantienen en suplicación, que la actora, que prestaba servicios desde 1993, fue declarada por sentencia firme de 10 de julio de 1995 trabajadora indefinida, expresión que debe entenderse como equivalente a indefinida no fija, según se desprende de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid de 10 de julio de 1995 en la referencia que a la misma realiza el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida. El 6 de octubre de 2009 se comunicó a la demandante el cese en su relación laboral "por cese de actividad del servicio al que se encontraba adscrita". La sentencia de instancia desestimó la demanda por considerar que la desaparición del puesto de trabajo determinaba la extinción del contrato. Pero la sentencia recurrida ha declarado la nulidad del despido, al entender que el cese por el motivo invocado tenía que haberse realizado mediante amortización del puesto de trabajo, conforme al art. 52.e) del ET .

Contra este pronunciamiento recurre la entidad demandada, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de abril de 2003 . Se trata en ella de una trabajadora contratada, mediante un vínculo temporal, para prestar servicio a tiempo parcial en un centro docente público. La relación también fue reconocida por sentencia firme como indefinida, aunque no como fija de plantilla. Al terminar el curso escolar 2001-2002, el centro público dejó de impartir enseñanza y por resolución administrativa se acordó suprimir el puesto de trabajo de la demandante. Esta reclamó por despido, pero la sentencia de contraste confirmó el fallo desestimatorio de instancia por entender que, tratándose de una trabajadora que había sido declarada indefinida no fija, no era preciso seguir los trámites previstos para el despido objetivo (arts. 52 y 53 del ET) o los del despido colectivo, pues no se ostenta la condición de fijo de plantilla, por lo que, cubierto o amortizado el puesto de trabajo, puede denunciarse su extinción, sin que



sea necesario un despido "ni por la vía del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores , ni de los artículos 52.c) y 51 del Estatuto".

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la parte recurrida niegan la existencia de contradicción. Sostiene el primero que en el caso de la sentencia de contraste la actora es cesada por amortización del puesto de trabajo por supresión del centro. Pero éste es también el caso de la sentencia recurrida, en la que la denuncia extintiva del contrato de la actora se produce "por cese de la actividad del Servicio al que se encontraba adscrita", lo que obviamente equivale a amortización de todos los puestos de trabajo del centro suprimido, entre ellos el de la demandante. Entiende, sin embargo, ésta en su impugnación que en el caso de la sentencia de contraste no se cuestiona la amortización, que sí lo ha sido en las presentes actuaciones, añadiendo que tras la amortización de su plaza se incorporó a otro puesto de trabajo. Pero no es cierto que se haya cuestionado la amortización del puesto de trabajo en el presente caso, pues tal amortización es consecuencia clara del cese de la actividad del Servicio, que es un hecho probado y no controvertido en las presentes actuaciones y tampoco es cierto que tras su cese la actora se hubiera incorporado a otro puesto de trabajo. Consta que lo intentó en las circunstancias que se recogen en el hecho probado cuarto, pero no se produjo esta incorporación por las razones que relata el hecho probado quinto y esta cuestión -el intento de una nueva reincorporación- no se ha debatido en suplicación. La contradicción existe, porque siendo en lo sustancial iguales las circunstancias de las trabajadoras -las dos ostentan la condición de indefinidas no fijas por sentencia firme y en los dos casos ha cesado la actividad del centro o servicio en el que prestaban servicios-, en la sentencia recurrida se considera que para extinguir la relación laboral es preciso recurrir a un despido objetivo, mientras que la sentencia de contraste llega a la conclusión contraria en virtud del carácter del vínculo contractual existente entre las partes -contrato indefinido no fijo-.

TERCERO.- Denuncia la parte recurrente la infracción del art. 52.e) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 51 y 53 del mismo texto legal por considerar que la entidad demandada no estaba obligada a proceder a un despido objetivo o colectivo, pues, dada la naturaleza del vínculo contractual -indefinido no fijo- la amortización de la plaza es suficiente para producir el cese.

El motivo debe ser estimado. La denominada relación laboral indefinida no fija es una creación jurisprudencial que surgió a finales del año 1996 para salir al paso de la existencia de irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En términos de la sentencia del Pleno de 20 de enero de 1998 , "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término", pero añade que "esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas". De ahí que, aunque se declare contraria a Derecho la causa de temporalidad pactada, conforme al art. 49.1.c) del ET , y se reconozca la relación como indefinida, ésta queda sometida a una condición -la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura-, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 del ET .

En este sentido se pronunció nuestra sentencia, también del Pleno de la Sala, de 27 de mayo de 2002 , reiterada por otras posteriores, entre ellas, la de 26 de junio de 2003. En aquella sentencia se afirma que la cobertura definitiva y "mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido", (pero no fijo) "hace surgir una causa de extinción del contrato"; causa que "tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores ", y ello -continúa diciendo la sentencia citada- porque "desde que una sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina de esta Sala contenida en la mencionada sentencia de 20 de enero de 1998 , está cumpliendo lo previsto en el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores , a saber, declarar la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal (...) por contraria al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores ", pero "sustituye dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato, expresamente establecida en nuestra meritada Sentencia, a saber, la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales". Basta, pues, con la denuncia fundada en esta causa para que el contrato indefinido no fijo se extinga.

Pero esta doctrina no se limita a la causa consistente en la cobertura reglamentaria de la vacante. También ha de aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización y ello porque en este caso ya no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa modalidad contractual -la existencia de un puesto de trabajo que se desempeña



de forma en realidad interina hasta su cobertura reglamentaria-. Estamos claramente en el caso del art. 1117 del Código Civil ("la condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que (...) fuera ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar") y en el art. 49.1.b) del ET (cumplimiento de la condición a que ha quedado sometido el contrato *ope legis*). En este sentido ya señaló nuestra sentencia de 27 de mayo de 2002 las indudables analogías entre el contrato indefinido no fijo y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones públicas cuando de forma tajante afirmó que "no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad", añadiendo que "donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad". Este criterio se reitera en las sentencias de 20 de julio de 2007 y 19 de febrero de 2009, en las que se afirma que "la posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad".

Pues bien, con respecto al contrato de interinidad por vacante suscrito en el ámbito de las Administraciones públicas, la Sala ha establecido con reiteración que la extinción puede acordarse directamente "por la amortización de la plaza cubierta... sin necesidad de acudir a la vía que establece el art. 52.c) del ET", y ello en atención a que "la situación de interinidad que genera -según las sentencias citadas- el contrato de trabajo con la Administración es muy peculiar, concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores". De ahí que, "aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue; efecto que «responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo» (sentencia de 8 de junio de 2011, que cita las de 2 de abril y 9 de junio de 1997, 27 de marzo de 2000 y 4 de marzo de 2002, en criterio que ha reiterado la más reciente sentencia de 27 de febrero de 2013, recurso 736/12).

En la sentencia del Pleno de 27 de febrero de 2012 se dice que "el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino", pues "el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo", añadiendo que esta "conclusión responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad" y que "entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido -pues el cese del interino solo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza-, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad".

CUARTO.- Estas consideraciones son aplicables a los contratos indefinidos no fijos, pues, como ya se ha anticipado, se trata de contratos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET y del art. 1117 del Código Civil, pues desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue. Y en orden a esa extinción no opera la vía del art. 52.e) del ET -en el supuesto de que el cese del establecimiento tuviera encaje en este precepto y no en el art. 52.c)-, porque, dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actúa, de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria. Es lo mismo que ocurre en el caso del contrato de interinidad por vacante. En este sentido hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la causa económica no tiene un efecto directo de eliminación de un puesto de trabajo concreto, sino que opera creando, de una manera difusa, un efecto de reducción de la plantilla, que el empresario tiene que concretar ejercitando sus facultades de selección de los trabajadores afectados. En esta línea se inscriben actualmente las previsiones de la disposición adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores y del art. 41 del Reglamento de regulación de empleo, aprobado por Real Decreto 1483/2012, no aplicables al presente caso.



QUINTO.- Para dar respuesta a las cuestiones que se suscitaron en la deliberación hay que introducir algunas consideraciones adicionales.

Es cierto que la Sala ha diferenciado en algunas sentencias (sentencias de 16 de septiembre de 2009 y 26 de abril de 2010) el contrato de interinidad por vacante del contrato indefinido no fijo a efectos de aceptar la acción declarativa que pide que una relación de la primera clase se considere como de la segunda. Pero esta diferenciación ya estaba reconocida en la sentencia del Pleno de 27 de mayo de 2002 , que de forma inequívoca afirma en su fundamento duodécimo, contestando al argumento sobre la equiparación de los dos tipos contractuales, que "es cierto el razonamiento en cuanto al momento de la extinción; pero nada más", añadiendo que "aunque la condición de temporal de un trabajador cada vez se va aproximando más a la del no temporal, y se les van reconociendo los mismos derechos laborales", cuando esta Sala introdujo la figura "salvaba las limitaciones y cortapisas propias de los trabajadores temporales", pero respetando los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad" que se vulnerarían si "se hubiera proclamado la absoluta identidad jurídica entre el fijo y el indefinido". Por ello, se concluye, en afirmación ya citada, que "no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con los de los interinos por vacante" y se añade que "donde se sitúa la diferenciación es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador por una pretendida e inexistente temporalidad". En las sentencias de 16 de septiembre de 2009 y 26 de abril de 2010 se reconoce también , reiterando la doctrina de la sentencia de 27 de mayo de 2002 , que las diferencias entre las dos fórmulas contractuales no están en la extinción del contrato, sino durante "la vigencia y desarrollo" del mismo. Por lo que se dirá más adelante en el fundamento quinto, no cabe interpretar algunas expresiones de estas sentencias como una especie de reconocimiento de que, tras el Estatuto Básico del Empleo Público, los trabajadores indefinidos no fijos son simplemente trabajadores indefinidos que no cesan por cobertura o amortización de la vacante.

En cuanto a las sentencias de 3 y 8 de julio de 2012 , que declararon nulos los despidos de los trabajadores contratados por obra o servicio determinado por la empresa pública SEAGA en atención a que los contratos correspondientes no se habían extinguido por vencimiento del término y los ceses, aunque no se fundaban en causas objetivas, superaban los umbrales numéricos del art. 51 del ET , se trata de supuestos claramente distintos del que aquí se contempla. En primer lugar, porque la empresa demandada en aquellos procesos era una sociedad mercantil de titularidad pública que, a diferencia de lo que ocurre con las Administraciones públicas y con las denominadas entidades públicas empresariales, se rige por las normas de Derecho privado (disposición adicional 12ª LOFAGE en relación con los arts. 45 , 53 y concordantes de dicha Ley), sin que exista, salvo norma específica, el supuesto de cobertura reglamentaria de vacante. En segundo lugar, porque no se trataba de contratos indefinidos no fijos, sino de contratos de obra o servicio determinado que no habían finalizado, mientras que en el caso que aquí se decide la condición resolutoria -la cobertura de la vacante- sí se había convertido en imposible como consecuencia de la supresión del servicio. Y, por último, porque ni siquiera se suscitó que los contratos de obra irregulares pudieran convertirse en indefinidos no fijos.

SEXTO.- Tampoco puede atenderse el argumento de que se produce una situación de trato desigual injustificado desde el momento en que se priva a los trabajadores indefinidos no fijos de la indemnización prevista en el apartado c) del número 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores . La cuestión de la aplicación de esta indemnización no se ha planteado en estas actuaciones, en que en la demanda se pide que el despido se califique como nulo o improcedente, por lo que la Sala no puede decidir sobre esa indemnización, sin dar algo distinto de lo pedido y con fundamento también diferente. Pero en cualquier caso la eventual desigualdad se repararía reconociendo el derecho a la indemnización; no excluyendo la aplicación de una causa de extinción prevista legalmente. Por otra parte, la premisa de la que se parte -que no hay derecho a la indemnización- está excluyendo de entrada una interpretación analógica de los apartados b) y c) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores . Sin embargo, esa interpretación analógica lleva a la conclusión de que la indemnización sí resulta aplicable a supuestos como el presente.

Se invocan también los artículos 8 y 11 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que recogen la distinción entre trabajadores fijos e indefinidos en el marco del empleo público. Pero esta distinción no lleva por sí misma a ninguna consecuencia en lo que aquí se debate, pues en el presente caso se trata de una trabajadora que no tiene la condición de indefinida, sino de indefinida no fija con aplicación, por tanto, de las reglas propias de esta figura, sobre la que no incidiría la nueva regulación. Por otra parte, la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un "tercium genus" entre fijos o temporales. La referencia, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que "también el profesorado



de religión esté contemplado en este artículo" (BOCG/S 21.2.2007). La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica (disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006 y artículos 3, 4 y 6 del Real Decreto 696/2007), no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 del Estatuto Básico del Empleado Público.

De ello se desprende que: 1º) no ha desaparecido la figura de indefinido no fijo para transformarse en indefinido sin más, 2º) el indefinido no fijo sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante, 3ª) las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión; 4º) los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos (art. 61.7 EBEP).

Algo similar puede decirse de la disposición adicional 15ª del ET, que, en la redacción vigente en el momento del despido, establecía que lo dispuesto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores sobre el encadenamiento de los contratos, "surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable". De esta forma, lo que está consagrando la norma es la misma solución que se aplica con la doctrina de la Sala sobre el contrato indefinido no fijo, una doctrina que garantiza para el trabajador una estabilidad, impidiendo las contrataciones sucesivas, pero sin que esta garantía opere como obstáculo para "la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable".

SEPTIMO.- Especial atención merece la referencia a la Directiva 1999/70 CE, que aplica el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada. La referencia se concreta en dos cláusulas del Acuerdo: la cuarta y la quinta. Ninguna de estas dos cláusulas se vulnera por la consideración de la amortización de la vacante desempeñada en un contrato indefinido no fijo como una causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, la cláusula 4ª establece que "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas". Ahora bien, en primer lugar, esta cláusula se refiere a las *condiciones de trabajo*, entendiendo por tales las vigentes durante la relación laboral. No se extiende a las condiciones relativas a la extinción del contrato de trabajo (*condiciones de empleo*), que naturalmente han de ser distintas para los contratos de duración determinada de las que rigen para los contratos fijos. Si no fuera así, sería obvio también que la diferencia a efectos de extinción del contrato de duración determinada y un contrato indefinido responde a razones objetivas.

Por ello, no puede compararse el régimen indemnizatorio aplicable a los despidos económicos con el que se establece para las extinciones por cumplimiento del término o de la condición resolutoria. En segundo lugar y, con carácter general, hay que señalar que no es la misma, en términos de reparación, la indemnización aplicable en el marco de un contrato fijo, en el que la relación tiene una expectativa de permanencia, que la que ha de serlo en un contrato sometido a una condición resolutoria -la convocatoria y cobertura reglamentaria de la vacante- que debe realizarse lo antes posible. Si en la práctica no se ha hecho así, debe recordarse que el trabajador tiene acción para instar la convocatoria de la plaza que ocupa. En cuanto a la diferencia que podría resultar de los apartados b) y c) del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores ya se ha dicho que no se cuestiona en estas actuaciones. Por último, tampoco es válida la comparación entre la extinción de un contrato indefinido no fijo por amortización de la vacante y la extinción de un contrato temporal por vencimiento del término que se extingue por despido económico antes de que venza ese término al que está sometido, pues en un caso en el momento del despido se ha cumplido la condición con la amortización de la vacante y en el otro no ha vencido el término, por lo que la causa extintiva queda fuera de las previsiones del contrato.

En cuanto a la cláusula 5ª del Acuerdo que incorpora la Directiva, hay que comenzar precisando su contenido. La cláusula se refiere a la obligación de los Estados miembros de establecer determinadas medidas "para prevenir *los abusos* que pueden producirse como consecuencia de la *utilización sucesiva* de contratos o relaciones laborales de duración determinada" y concreta esta obligación en la necesidad de que esos Estados adopten una o varias de las siguientes medidas:

1ª) establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;



2ª) establecimiento de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

3ª) establecimiento del número de renovaciones de tales contratos o relaciones.

En primer lugar, hay que aclarar que el contrato indefinido no fijo no puede incluirse en el ámbito de esta cláusula, porque en absoluto se trata de un supuesto de utilización abusiva de vínculos sucesivos de duración determinada. Por el contrario, estamos ante un único vínculo que no tiene carácter temporal, sino que está únicamente sometido a condición resolutoria. No hay, por tanto, ni abusos, ni sucesión de contratos, ya que se está en una situación estable, a la que además el trabajador puede poner fin pidiendo la convocatoria de la vacante. Así, la culpa de la Administración en no convocar puede relacionarse con el aquietamiento del trabajador en no pedir la convocatoria, ponderando quizá la eventual concurrencia de terceros.

En segundo lugar, el contrato indefinido no fijo constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales en por las Administraciones Públicas. Lo que sucede es que en esa garantía, por exigencias constitucionales, ha de mantenerse la necesidad de que la plaza sea objeto de convocatoria pública para garantizar su cobertura en términos de igualdad, mérito y publicidad por todos los ciudadanos.

En este sentido hay que tener en cuenta que el indefinido no fijo no queda indefenso frente a la no convocatoria de la plaza por la Administración, pues tiene acción para pedir su convocatoria. Tampoco queda indefenso ante las decisiones de amortización, pues puede impugnarlas.

La cláusula 5ª prevé la obligación por parte de los Estados miembros de adoptar una o varias de las medidas mencionadas. Pues bien, aunque se admitiera que el contrato indefinido no fijo es un caso de utilización sucesiva de contratos de duración determinada, que no lo es, se aplicarían no una, sino las tres garantías de la cláusula, ya que: 1ª) hay una razón objetiva para la aplicación de esta modalidad contractual como de duración determinada: la garantía del acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; 2ª) hay una duración máxima que depende de la convocatoria de la vacante y que el trabajador contratado puede activar y 3ª) se excluye la sucesión, porque no hay renovaciones del contrato.

Si examinamos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estas conclusiones se confirman plenamente. Así la STJCE 4.7.2006 (caso *Adeneler*) declara que el Acuerdo marco se opone a una utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada cuya única justificación radique en haber sido establecida por una disposición legal o reglamentaria general de un Estado miembro y también considera que si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, la Directiva impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador. Es obvio que no es el caso del contrato indefinido no fijo, porque no es un supuesto de utilización sucesiva de contratos temporales sucesivos; tiene una justificación objetiva; cierra el ciclo de contrataciones sucesivas y permite una garantía de estabilidad en función de que la relación solo termina con la cobertura de la vacante o la imposibilidad de tal cobertura, aparte de permitir al trabajador afectado tanto instar la cobertura, como impugnar ésta o la amortización de la vacante. No se trata de un privilegio que excepcione para el sector público la aplicación de las garantías contra la sucesión abusiva de los contratos, sino de una medida que pone fin a esa sucesión garantizando los principios constitucionales de acceso al empleo público. En igual sentido se ha pronunciado más recientemente la sentencia de 23.4.2009 (caso *Kiriaki Angelidaki*).

Lo mismo sucede con las sentencias de 7.9.1996 (asuntos *Vassallo* y *Marrosu*) que establecen que el Acuerdo de referencia no se opone a una normativa nacional que, en caso de abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por un empleador del sector público, excluye la transformación de éstos en contratos o relaciones laborales por tiempo indefinido,(...), cuando dicha normativa contiene otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada.

Como acaba de razonarse, el contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador en los términos examinados. Se cumplen así los principios de equivalencia y efectividad, pues la medida se aplica en todas "las situaciones similares" y su única particularidad en las Administraciones públicas tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público. Es además una medida efectiva en la medida en que cumple,



no una sino todas las exigencias del apartado 5.1 del Acuerdo (razón objetiva, duración máxima y exclusión de las renovaciones).

OCTAVO.- Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el recurso de esta clase interpuesto por la actora y confirmando la sentencia recurrida. En este sentido, debe aclararse que la estimación en suplicación del motivo primero, para rectificar el hecho probado sexto en lo relativo al plazo para interponer demanda, carece de trascendencia decisoria. De conformidad con el art. 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede la imposición de costas ni en este recurso, ni en el de suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2012, en el recurso de suplicación nº 4417/11, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de mayo de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Madrid, en los autos nº 1776/09, seguidos a instancia de D^a Estela contra dicho recurrente, sobre despido. Casamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la actora y confirmamos la sentencia de instancia. Sin imposición de costas, ni en este recurso ni en el de suplicación.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jordi Agusti Julia, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. Fernando Salinas Molina, D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun Y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, **RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 22-07-2013 (RCUD.- 1380/2012) DICTADA EN SALA GENERAL.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en Sala General en el recurso casación unificadora número 1380/2012 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en los siguientes razonamientos y consideraciones jurídicas :

PRIMERA.- 1. No existe discrepancia en cuanto a los hechos, siendo relevantes a efectos de la cuestión controvertida, los siguientes : a) La trabajadora demandante -Técnico Auxiliar de Laboratorio- desde hace 20 años viene prestando servicios primero para el Insalud y tras el traspaso de competencias para el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), en el centro de salud Vicente Soldevilla de Madrid; b) Su relación laboral con el Servicio de Salud demandado es de carácter indefinido no fijo, declarado así por sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Madrid, de fecha 10 de julio de 1995, confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de noviembre de 1996, que adquirió firmeza el 11 de junio de 1997; c) Estando adscrita al Área Sanitaria 1 de Atención Especializada se le comunica su cese en la prestación de servicios por cese de actividad del Servicio al que estaba adscrita; d) Habiendo acudido al nuevo destino (Hospital 12 de octubre) para interesarse por su nuevo destino y puesto de trabajo, se le indica que no era personal laboral fijo sino interino y que por lo tanto no le correspondía ocupar el nuevo destino; e) Interpuesta demanda por despido, fue desestimada por el Juzgado de lo Social, pero recurrida la sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha estimado el recurso declarando la nulidad del despido. La Sala de suplicación ha llegado a tal conclusión tras considerar, con cita de la doctrina de esta Sala sentada en la sentencia de fecha 31 de mayo de 2004 (rcud. 3882/2002), que al ser la relación de la demandante de carácter indefinido, "la extinción operada de la relación laboral a consecuencia del cese de actividad del servicio al que se encontraba adscrita, al considerarse innecesaria la plaza desempeñada por la demandante debió procederse a su amortización por el cauce establecido legalmente de conformidad con la doctrina expuesta."; y, f) Recurre en casación unificadora el Servicio Madrileño de Salud, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 4 de abril de 2003 (recurso 995/2003). Se trata en ella de una trabajadora contratada, mediante un vínculo temporal, para prestar servicio a tiempo parcial en un centro docente público. La relación también fue reconocida como indefinida por



sentencia firme, aunque no fija de plantilla. Al terminar el curso escolar 2001-2002, el centro público dejó de impartir enseñanza y por resolución administrativa se acordó suprimir el puesto de trabajo de la demandante. Esta reclamó por despido, pero la sentencia de contraste confirmó el fallo desestimatorio de instancia por entender que tratándose de una trabajadora que había sido declarada indefinida no fija, no era preciso seguir los trámites previstos para el despido objetivo (arts. 52 y 53 del ET) o el despido colectivo, pues no se ostenta la condición de fijo de plantilla, por lo que, cubierto o amortizado el puesto de trabajo, puede denunciarse su extinción, sin que sea necesario un despido "ni por la vía del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores , ni de los artículos 52.c) y 51 del Estatuto".

2. A tenor de estos indiscutidos hechos, y manifestando la conformidad con el criterio mayoritario de la Sala, en el sentido de estimar acreditado el requisito de la contradicción y, por ende de viabilidad del recurso, la cuestión controvertida es estrictamente jurídica, se trata de determinar la respuesta que debe dar nuestro ordenamiento jurídico a la extinción del contrato de una trabajadora, con relación laboral de carácter indefinido no fijo, que viene prestando servicios para una Administración Pública, cuando dicha extinción se produce por cese del servicio al que estaba adscrito.

3. Como ya ha señalado, la sentencia recurrida ahora en casación unificadora, ha estimado que debió seguirse los trámites establecidos en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores , denunciándose por la Administración demandada recurrente, en un muy escueto escrito de recurso, la infracción del artículo 52.e) en relación con los artículos. 51 y 53 del mismo, preceptos todos ellos del propio texto estatutario, por considerar que no estaba obligada a proceder a un despido objetivo o colectivo, pues, dada la naturaleza del vínculo contractual -indefinido no fijo- de la trabajadora demandante la amortización de la plaza es suficiente para producir el cese.

4. La sentencia votada mayoritariamente en Sala General, acepta esta argumentación jurídica del recurso, y en su consecuencia lo estima, anulando y casando la sentencia recurrida, criterio del que, con respeto, discrepo, profundamente, a tenor de todo lo que a continuación expongo.

SEGUNDA.- 1, En mi opinión, el criterio mayoritario no es acorde con una interpretación integradora de las distintas normas -de derecho estatal e internacional-, de doctrina constitucional, jurisprudencial y de la Unión Europea, así como de doctrina científica emitida en relación con la cuestión controvertida, y en concreto, conculca : a) el artículo 52. c) del Estatuto de los Trabajadores ; b) el artículo 7 del Estatuto Básico del Empleado Público, c) el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad Autónoma demandada; d) la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en las sentencias que se citarán; y, e) la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEPP, sobre el trabajo de duración determinada, así como la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en aplicación de dicha Directiva, que asimismo serán objeto de cita y exposición particularizada.

2. Ciertamente, que la sentencia además de razonar en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto el porque de la estimación del recurso sobre la base de la doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala con respecto al trabajador "indefinido no fijo", a pesar de la pobreza argumental del recurso, efectúa una serie de consideraciones "adicionales", fruto del intenso debate habido en el Pleno de la Sala. Ahora bien, todo ello se lleva a cabo -siempre según mi opinión que expreso con el máximo respeto a la postura mayoritaria- de forma un tanto abstracta y sin tener en cuenta la situación de la trabajadora demandante, que en un contexto de crisis generalizada, después de casi 20 de prestación de servicios para una Administración Pública, por causas totalmente ajenas a su voluntad, ve extinguida su relación, sin una mínima indemnización compensatoria, lo que -anticipo- choca frontalmente no sólo con los principios de un Estado social de derecho, que el artículo 1º de nuestra Constitución proclama y garantiza, sino también con los principios de la Carta Social Europea -ratificada por España- y el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, -igualmente ratificado- normas todas ellas que garantizan protección en caso de despido.

TERCERA.- 1. En relación con las argumentaciones contenidas en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia aprobada mayoritariamente, es bien conocida la doctrina jurisprudencial de esta Sala creadora de la singular figura del "trabajador indefinido no fijo", como consecuencia de lo que se vino a denominar como la "laboralización" de la Función Pública, y ante la proliferación de numerosos y sucesivos contratos laborales de carácter temporal, suscritos de forma irregular -y en ocasiones en fraude de ley- por las distintas Administraciones Públicas, para cubrir puestos de trabajo destinados a personal funcional, y en las respuestas dadas por la Sala al plantearse su ilicitud y efectos consiguientes, a partir de 1996, pues en una primera etapa, se estima que la Administración Pública está sujeta al artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores , y por ello debe declararse la fijeza del trabajador contratado sucesivamente. La sentencia de 6 de mayo de 1992 (rcud. 1600/1991), lo fundamentaba de forma muy clara, al señalar, en su fundamento jurídico séptimo que : "es de significar que el continuado mantenimiento de las trabajadoras demandantes al



servicio del Insalud, mediante la suscripción de sucesivos contratos de carácter temporal que, sin solución de continuidad entre ellos, se halla vigentes, respectivamente, desde los años 1.984, 1.985 y 1.986, pone de relieve una actuación del organismo empleador no ajustado a la normativa y propia finalidad de la contratación laboral para fomento de empleo o de índole eventual, en cada momento, utilizada. Desde esta perspectiva enjuiciadora, aunque tratándose de una Administración Pública, sujeta en materia de selección de su personal a los principios de igualdad, de mérito y de capacidad - arts. 14 y 103 de la Constitución Española - y a la preceptiva oferta pública de empleo mediante la oportuna convocatoria a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición - art. 19 de la Ley de la Función Pública, 30/1.984, de 2 de agosto - no sea dable presumir el fraude en su actuación seleccionadora, sin embargo, no cabe desconocer, tampoco, que cuando dicha Administración Pública se desenvuelve en el ámbito de la contratación laboral debe someterse, con el mayor rigor posible, a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo. En este sentido y prescindiendo de otros aspectos de la contratación laboral llevada a efecto entre las partes contendientes que, por su carácter formal, no parece que deban revestir una mayor trascendencia en orden a la validez o eficacia de la mencionada contratación, es lo cierto, sin embargo, que lo que no puede eludirse es la patente trasgresión que, de lo preceptuado en el art. 5º, párrafos 2 y 3, del Real Decreto 1.989/1.984, de 17 de Octubre, regulador de la contratación temporal para fomento de empleo, se advierte en todos y cada uno de los casos contemplados en el presente recurso. En este sentido, resulta innegable que las cuatro demandantes, de autos, tras haber agotado el plazo máximo de contratación para fomento de empleo, manteniéndose, sin práctica solución de continuidad, al servicio del organismo demandado, volvieron a ser contratadas en la misma modalidad contractual de fomento de empleo, conservando tres de ellas el mismo puesto de trabajo que venía desempeñando, todo lo que evidencia una manifiesta conculcación de lo previsto en los señalados párrafos dos y tres del art. 5º del Real Decreto regulador de la precitada modalidad de contratación laboral". Más adelante, la propia sentencia, en el fundamento jurídico octavo, destacaba que : "La especial posición de la Administración Pública respecto a la selección del personal a su servicio no puede, en modo alguno, legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica. Sostener que tal inercia administrativa puede configurar una esencial temporalidad en las tareas o servicios públicos que se ven afectados por la misma puede resultar claramente abusivo y, en cualquier caso, atentatorio al interés, jurídicamente protegible, de seguridad en el empleo del trabajador que es contratado para la atención de dichas tareas o servicios."

2. Es ya en una segunda etapa, especialmente en las sentencias de 20 y 21 de enero de 1998 (rec. 317 y 315/1997), dictadas en Sala General, con el voto particular de cinco Magistrados, tras poner de manifiesto, que "a partir de la sentencia de 18 de marzo de 1991 la doctrina de la Sala se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza", destaca que "el alcance de esta posición ha sido de nuevo matizado a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, en la que se establece que "la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido". Y esta es la doctrina que, con carácter general, ha venido siguiendo la Sala, con respecto a las Administraciones Públicas, entre otras en las sentencias de 27 de marzo de 2000 y 14 de marzo de 2002 (rcud. 3191/2001), cuya doctrina se recoge en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia. La doctrina de esta última sentencia, que validaba el cese acordado por una Administración Pública con respecto a la extinción del contrato de interinidad por vacante, se extendió al contratado indefinido por sentencia del Pleno de la Sala de 27 de mayo de 2002 (rcud. 2591/2001), con el voto particular de tres Magistrados.

CUARTA.- 1. Con carácter previo, conviene señalar, que no se pretendió en la deliberación, ni se pretende ahora en este voto particular, desautorizar, negando virtualidad a la repetida doctrina jurisprudencial del contratado laboral por tiempo indefinido. Lo que se pretendía -y se defiende en este voto particular- es adecuar o acomodar dicha doctrina, a la evolución legislativa, teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, cumpliendo con ello el mandato del artículo 3.1 de nuestro Código Civil .

2. La Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores (en el redactado dado por el apartado trece del artículo de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, aplicable por razones cronológicas al presente caso), parecía referirse ya al "trabajador indefinido no fijo, cuando en relación a la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, establece que : "Lo dispuesto en el artículo 15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus



organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable", no haciendo referencia a la posible amortización de la plaza como causa de extinción ni, en tal caso, cual sería el procedimiento de extinción y, en su caso, la indemnización procedente.

3. Con posterioridad a la citada modificación de la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores, por la Ley 43/2006, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, dio - ahora ya sí- respaldo legislativo expreso -como sostuvimos en la deliberación y mantenemos en el voto particular- a la figura jurisprudencial del "trabajador indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas". Concretamente, su artículo 8.2 dispone que los empleados públicos se clasifican en : "d) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal" y el artículo 11.1 del propio Estatuto establece que : "es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato, éste podrá ser fijo, *por tiempo indefinido* o temporal."

Resulta paradójico -y hasta sorprendente- que la posición mayoritaria sostenga reiteradamente de una parte la vigencia de la creación jurisprudencial del "trabajador indefinido no fijo", y de otra parte, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia, llegue a la conclusión de que el contenido de dichos artículos del EBEP "no lleva por si misma a ninguna consecuencia en lo que aquí se debate", afirmando, que "la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un "tercium genus" entre fijos o temporales", con la argumentación de que "la referencia, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que "también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo" (BOCG/S 21.2.2007). La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica (disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica 2/2006 y artículos 3 , 4 y 6 del Real Decreto 696/2007), no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 del Estatuto Básico del Empleado Público."

Ciertamente, que el término "indefinido" no figuraba en el Proyecto del EBEP y fue introducido en la forma referenciada con la intención de atender la particular situación del profesorado de religión. Ahora bien, no es menos cierto, que en la Ley finalmente promulgada la expresión -"por tiempo indefinido"- añadida no encuentra el límite de la dimensión del colectivo al que se quiso referir, siendo significativo -como ha destacado la doctrina científica- que finalmente el EBEP no se haya referido a dicho colectivo. Aún en el supuesto de que se hubiera pensado para dicho supuesto, es incuestionable que el Legislador ha ido más allá de su intención inicial, pues es manifiesto que la fórmula tan genéricamente empleada engloba dentro de la figura del contrato laboral indefinido al que se refiere el EBEP los supuestos que conllevaron la construcción jurisprudencial del "indefinido no fijo", buscando un reequilibrio entre la garantía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público -que es lo quiere preservar la repetida doctrina jurisprudencial de esta Sala- y la tutela de los derechos que reconoce el Estatuto de los Trabajadores, y entre ellos el derecho al percibo de una indemnización en el supuesto del cese en el trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador.

Sin embargo, este espaldarazo que el Estatuto Básico del Empleado Público ha dado a la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo, no cierra la polémica sobre la controvertida figura del contratado laboral por tiempo indefinido, al quedar planteados y sin resolver distintos problemas, entre ellos el que aquí se nos plantea respecto al cauce extintivo del trabajador incurso en dicha figura contractual. En efecto en ningún precepto del EBEP se hace referencia a la extinción del contrato de trabajo de los indefinidos no fijos, por lo que con respecto a esta cuestión y por imperativo de lo dispuesto en el ya citado artículo 7 del propio EBEP, su resolución debe efectuarse de acuerdo a lo establecido en la Legislación laboral, y en concreto a las causas de extinción del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, precepto, todo él que le es aplicable, a excepción de lo dispuesto con referencia al despido disciplinario en el Título VII (Régimen disciplinario) del EBEP. Es en este sentido que se expresa la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.



Pero, es que además, ha sido esta misma Sala, la que más recientemente, en sus sentencias de 16 de septiembre de 2009 (rcud. 2570/2008) y 26 de abril de 2010 (rcud. 2290/2010), ha señalado de forma expresa que las disposiciones del EBEP son aplicables al trabajador indefinido no fijo, poniendo de manifiesto la existencia de sustanciales diferencias entre el contrato laboral indefinido no fijo de las Administraciones Públicas y el contrato de interinidad por vacante. La posición mayoritaria, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia hace referencia a dichas resoluciones, para negar -con cita de expresiones de la sentencia de Pleno de 27 de mayo de 2002 , y de un pequeño párrafo fuera de contexto de la doctrina contenida en las sentencias de 16 de septiembre de 2009 y 26 de abril de 2010 -, que la situación de los trabajadores indefinidos no fijos haya cambiado tras el Estatuto Básico del Empleado Público. Pues bien, al respecto nos limitamos a transcribir el contenido literal del razonamiento del fundamento jurídico tercero de la sentencia de 16 de septiembre de 2009 , reiterado en la sentencia de 26 de abril de 2010 y que dice así :

" Es cierto que 'el alcance real de la distinción entre fijeza e indefinición temporal de la relación, según se desprende de nuestra doctrina, se refiere esencialmente a la extinción del vínculo porque, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores fijos, los indefinidos pueden ser lícitamente cesados cuando la plaza que ocupan sea cubierta por el oportuno procedimiento reglado' (sentencia de 29 de enero de 2009, rec. 326/2008). Asimismo, la sentencia de 27 de mayo de 2002 (rec. 2591/2001) señaló que 'No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad'. Pero añadía que 'Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato'; se niega así que en el segundo caso puedan derivarse consecuencias negativas en los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador por una pretendida e inexistente temporalidad'. El contrato de interinidad por vacante se encuentra hoy regulado en el art. 4 del Real Decreto 2720/1998 , dictado en desarrollo del art. 15 del Estatuto de los trabajadores - en donde únicamente se hace referencia a la interinidad para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, si bien fue, al amparo de la Ley 14/1994 que, en el Real Decreto 2546/1994 se produjo su admisión para todas las Administraciones Públicas -. Se circunscribe a la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva y está sujeto a la exigencia de identificación del puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se ha de producir mediante el proceso de selección o promoción (sentencias de esta Sala de 20 de junio de 2000 -rec. 4282/1999-, 21 de marzo de 2005 rec. 1198/2004- y 29 de junio de 2005 -rec. 2170/2004-, dictadas para supuestos de relación laboral personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar, por ser ese el marco en que aparece por vez primera esta figura, a raíz del art. 9.2 del Real Decreto 2205/1980), coincidiendo su duración, en el caso de las Administraciones Públicas, con la del tiempo de tal proceso de selección o promoción, según la normativa correspondiente en cada caso.

La identificación del puesto de trabajo actúa de requisito esencial en esta modalidad contractual temporal, hasta el extremo que de que el uso de una modalidad errónea, como la obra o servicio, ha llevado a esta Sala a señalar que, acreditada la identificación del puesto de trabajo, no queda desvirtuada 'la naturaleza de la interinidad por vacante, ni que pueda, por ello transformarse un contrato temporal para la cobertura personal de una vacante en un contrato por tiempo indefinido, pues lo que prevalece a la hora de la calificación jurídica del contrato es el contenido obligacional del mismo, no la denominación dada por las partes' (sentencia de 14 de mayo de 2008 -rec. 1923/2007-, que recoge la doctrina anterior).

De todo ello se desprende, con claridad, una nítida diferencia entre el trabajador indefinido (no fijo) y el interino por vacante, como se colige, además, del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, que, al regular la relación jurídica laboral en las Administraciones Públicas, distinguiéndola de la relación funcionarial, es contundente a la hora de aceptar 'cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral' (art. 11.1). Esto implica aceptar tanto los contratos de duración indefinida, como los de duración determinada, con sometimiento, en este último caso, a la causalidad que rige en la contratación temporal laboral ordinaria, a la que la ley especial se remite.

Aceptada ahora ya por el ordenamiento jurídico positivo la contratación laboral indefinida por parte de las Administraciones Públicas no cabe negar el distinto régimen jurídico que, a priori, se otorga a esta relación laboral en comparación con las de carácter temporal. La remisión que el Estatuto Básico del Empleado Público hace a la legislación laboral conduce a ello sin ningún género de dudas.

Es cierto que la Ley 7/2007 no dio respuesta alguna a la situación de quienes hayan podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, pero esa falta de expresa mención supone, precisamente, la equiparación entre tales trabajadores y los contratados de forma indefinida ab initio, con independencia de que estos últimos se hallen sometidos al proceso de determinación de puestos de trabajo regulado en el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto .



La figura del trabajador indefinido, no fijo, de las Administraciones Públicas surgió como creación jurisprudencial para dar respuesta, precisamente, a la situación de los contratos temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones Públicas, de forma que la conversión en contratos de duración indefinida, por aplicación de las reglas del art. 15 del Estatuto de los trabajadores, propició una doctrina que buscaba acomodar la indefinición de la duración de la relación laboral con las especiales particularidades del acceso al empleo público y el respeto a los mandatos constitucionales sobre este punto. Tras pasar por diversos estadios en la aproximación jurisprudencial a la cuestión, la Sala dejó sentada la ya consolidada doctrina sobre la matización entre los trabajadores indefinidos y los fijos de plantilla, precisamente para adecuar la situación al empleo público (sentencia de 20 de enero de 1998 rec. 317/1997 -). En suma, si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, sin vinculación directa con vacante concreta. No hay, por tanto, equiparación mimética a los interinos por vacante, ligados estrictamente a un proceso de cobertura ".

Del trascrito tenor literal de lo razonado en dichas sentencias, no parece pueda cuestionarse -como lo hace la sentencia votada mayoritariamente- que la Sala ha reconocido ya, sin ambages, la recepción legislativa a través del Estatuto Básico del Empleado Público del contratado laboral indefinido no fijo, y de sus consecuencias legales.

A este respecto, conviene insistir -como lo hace la sentencia más reciente de la Sala de 17 de diciembre de 2012 (rcud. 4175/2011) no citada por cierto por la posición mayoritaria-, en que, "En definitiva, lo importante, una vez establecida la irregularidad de la contratación, es tener identificada la plaza a la que se vinculó en principio la interinidad, a efectos de seguridad jurídica para el trabajador, pues como dice nuestra sentencia de 5 de diciembre de 1996 (rcud 3271/95) "la cobertura provisional de la vacante y no otra es el dato fundamental para calificar la relación jurídica como contrato de interinidad, por vacante, bastando con que la identificación de la plaza que se contrata se realice de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado, y que el acto empresarial se realice con criterios objetivos". En este caso, el actor sí celebró un contrato de trabajo de interinidad por vacante como titulado superior adscrito a la OTRI y vinculado al puesto de trabajo LL7123, que se extinguiría por la cobertura definitiva de la plaza por el procedimiento legalmente previsto. Efectivamente se produjo una modificación de la Relación de Puestos de Trabajo por la que su puesto fue amortizado, lo cual daría lugar a una extinción válida de su relación laboral".

QUINTA.- 1. Los razonamientos de la doctrina trascrita nos permiten ya establecer -a los efectos de la cuestión aquí controvertida- que en el supuesto del trabajador indefinido no fijo no es posible considerar como causas de extinción, como sí ocurre con el interino (artículo 8.1.c del Real Decreto 2720/1998), ni el transcurso del plazo necesario para el desarrollo del proceso de cobertura del puesto de trabajo sin que tal cobertura se llegue a producir, ni tampoco la amortización de la plaza, puesto que para que se extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente. La consecuencia legal de las irregularidades en la contratación temporal no es -como reiteradamente ha venido señalando la Sala- la conversión del contrato en un contrato de interinidad por vacante, sino la conversión en un contrato por tiempo indefinido. La diferencia entre el trabajador fijo y el indefinido no fijo estriba en la obligación de la Administración de proceder a la cobertura del puesto de trabajo con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad (artículo 23 de nuestra Constitución). Ahora bien, este precepto, en razón al cual se excepciona en estos supuestos la aplicación del régimen ordinario de los trabajadores fijos, no incide en la extinción del contrato por amortización de la plaza, que constituye una causa legal de extinción y su régimen jurídico en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores , que son los aplicables a los trabajadores por tiempo indefinido, sin que nada en el Texto constitucional obligue a una aplicación excluyente de estos preceptos a las Administraciones Públicas, al no menoscabar, evidentemente, ningún principio en el acceso al empleo público.

2. Si conforme a lo ya expuesto con respecto a la entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, su integración en el mismo del *personal laboral indefinido no fijo* y la doctrina más reciente asimismo trascrita de esta Sala de las sentencias de 16 de septiembre de 2009 (rcud. 2570/2008) y 26 de abril de 2010 (rcud. 2290/2010), la remisión que el Estatuto Básico del Empleado Público hace a la legislación laboral nos conduce a la equiparación entre los que han podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, y los contratados de forma indefinida ab initio, ello nos lleva igual y razonablemente a establecer que si una Administración Pública considera innecesarias las plazas por motivos legalmente amparados en los artículos 49.1.1) y 51 o 52 del Estatuto de los Trabajadores , -normalmente motivos más organizativos que económicos y fundados en el principio de "eficacia" que debe inspirar su funcionamiento (artículo 103.1 CE)- podrá proceder, lícitamente, es decir, si existe justa causa para ello debidamente acreditada, a la amortización de las mismas y a la extinción de los correspondientes contratos de los trabajadores que las ocupan, conforme se ha venido a reconocer en distintos convenios colectivos del



personal laboral del sector público, y concretamente, de aplicación a la trabajadora demandante, el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, de fecha 7 de abril de 2005, en vigor hasta el 7 de julio de 2013, y por ende en la fecha del cese de la demandante, en cuyo artículo 10. "Estabilidad en el empleo", párrafo 4 del mismo se refiere a que: "Cuando en alguno de los centros incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio concurren los supuestos previstos en los artículos 51 y 52.c) del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, la Comunidad de Madrid no hará uso de las medidas extintivas de contratos de trabajo allí contempladas, procediendo a la adscripción de los trabajadores afectados a otros centros o servicios de la Administración Comunitaria, previa consulta a las organizaciones sindicales firmantes de este convenio".

Pues bien, con independencia de la infracción cometida por la Administración demandada al no adscribir a la trabajadora demandante a otro centro o servicio, este precepto del Convenio -que no es citado en la sentencia del Pleno de la Sala- pone de manifiesto, con claridad meridiana, que la propia Administración Pública demandada considera aplicables a su personal laboral los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, ello debe conllevar en todo caso el abono de la indemnización prevista legalmente a aquel trabajador que ocupe la plaza amortizada y que -como la demandante- vea extinguido su contrato por causas independientes de su voluntad.

3. Conviene asimismo destacar que, de aceptarse la tesis contraria a la que venimos sosteniendo, se llegaría a un resultado incoherente y falto de equidad, cual sería el de privar a los trabajadores con la consideración de indefinidos no fijos de cualquier indemnización por fin de contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por "*expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato*", los cuales tienen derecho por ley a una indemnización "*de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio*" (art. 49.1.c.ET). Ello, en cuanto a los efectos para los trabajadores, pero es que además, esta doctrina -que no compartimos- derogaría de facto la regulación laboral de los contratos temporales en el seno de las Administraciones Públicas, en el sentido de que cualquier contratación laboral por los entes públicos podría ser finalizada sin indemnización alguna, con independencia de toda irregularidad que pudiera haberse cometido, reconociendo la existencia de una irregularidad en su causa o desarrollo y el consecuente carácter de indefinido no fijo del trabajador, procediendo a continuación a la extinción del mismo por amortización de la plaza.

4. Igualmente, conviene hacer referencia a que la cuestión controvertida -aplicación de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores al personal laboral de las Administraciones Públicas- ha sido tratado extensamente por la doctrina científica que, muy mayoritariamente, se ha inclinado por su aplicabilidad, pudiendo citarse al respecto, entre otros -y salvo error- a los siguientes Profesores/as :MORÓN PRIETO; GOERLICH PESET; BLASCO PELLICER; ALFONSO MELLADO; CORDERO SAAVEDRA; MARTIN VALVERDE; ARIAS DOMÍNGUEZ; LOPEZ GÓMEZ; CRUZ VILLALÓN; VIVERO SERRANO; ROQUETA BUJ; AGUILERA IZQUIERDO; BOLTAINA BOSCH; LAHERA FORTEZA; RODRIGUEZ ESCANCIANO; LUQUE PARRA; RAMOS MORAGUES; RODRIGUEZ PIÑERO ROYO.

5. Asimismo, resulta también oportuno recordar, que cualquier duda sobre la aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas -incluidos los trabajadores indefinidos no fijos-, de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores ha quedado despejada con las reformas laborales del año 2012, primero con el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y luego en la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, que adicionan una DA 20ª al ET sobre la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, delimitando su ámbito, con una descripción específica de las causas y con prioridades de permanencia de determinado personal laboral fijo, haciendo expresa referencia, en su párrafo tercero a que: "Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior". Prácticamente en idénticos términos establece esta prioridad el artículo 41 del Real Decreto 1843/2012, prioridad que, en la forma expuesta, solamente tiene sentido interpretando que los primeros afectados por el despido objetivo o colectivo han de ser, precisamente, los trabajadores indefinidos no fijos.

SEXTA.- 1. En apoyo de la posición que se mantiene en este voto particular, en la deliberación se invocó, también, la aplicación al presente caso 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 CEPP, sobre el trabajo de duración determinada, interpretada entre otras, por las SSTJUE de 4 de julio de 2006, asunto Adeneler (C-212/04); 7 de setiembre de 2006, asunto Cristiano Marrossu y Sardino (C-53/04); 7 de setiembre de 2006, asunto Andrea Vassallo (C-180/04); y asuntos Kiriaki Angelidaki (C-378/07 y C-380/07). En la sentencia votada mayoritariamente, y concretamente,



en su fundamento séptimo, se razona extensamente sobre esta cuestión, para llegar a la conclusión de que ninguna de las dos cláusulas controvertidas -cuarta y quinta del mencionado Acuerdo- "se vulnera por la consideración de la amortización de vacante desempeñada en un contrato indefinido no fijo como una causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores", fundamentalmente, sobre la base de que "el contrato indefinido no fijo constituye precisamente el medio de prevención y de reacción contra la utilización abusiva de los contratos temporales por las Administraciones Públicas", y "se cumplen así los principios de equivalencia y efectividad, pues la medida se aplica en todas "las situaciones similares" y su única particularidad en las Administraciones públicas tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público". Pues bien, con respecto a esta apreciación de la mayoría de la Sala, se discrepa en el presente voto particular, sobre la base de las siguientes consideraciones :

A) En nuestra opinión, el hecho de que un trabajador con relación laboral de carácter indefinido no fijo, al que le ha sido reconocida esta condición por los Tribunales como consecuencia de los sucesivos contratos temporales irregulares concertados con una Administración Pública, pueda ver como consecuencia de amortización extinguido su contrato de trabajo sin derecho a ningún tipo de indemnización, es sin duda contrario a lo establecido en la mencionada Directiva en cuanto al también citado Acuerdo Marco. De una parte, al Principio de no discriminación (cláusula 4), por la diferencia de trato a un trabajador fijo de inicio con respecto a un trabajador indefinido no fijo; y de otra parte, a la cláusula 5 (Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contratos sucesivos o relaciones laborales de duración determinada), por falta de reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo de la Administración Pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

B) De la doctrina de las sentencias referenciadas, y en especial, de las dictadas en los casos, sentencia 4-07-2006 asunto Adeneler (C-212/04); sentencias 7-09-2006 asunto Marrossu y Sardino (C-53/04) y asunto Vassallo (C-180/04); en las que se plantean cuestiones prejudiciales sobre la posible inadecuación a la directiva 1999/70/CE de la diferencia de trato entre los contratados temporales del sector público y de la empresa privada, tras establecer previamente, que dicha directiva es aplicable en el ámbito o sector público, se desprende, que los Estados tienen la obligación de prever abusos en la utilización sucesiva del contratos temporales del sector público, si bien no tienen la imposición de transformar los contratos temporales que traspasan los límites nacionales en indefinido ni de tratar a estos efectos, de la misma manera, los sectores privado y público. Pero en todo caso el Estado ha de establecer medidas efectivas para evitar abusos en la contratación temporal del sector público, que *"no deben sin embargo, ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (principio de efectividad)* apartado 37 caso C-180/04. En su consecuencia, el tratamiento de los límites en el encadenamiento de contratos temporales en el sector público debe superar este doble juicio que establece la doctrina del TJCE de *equivalencia y efectividad*. En el caso de esta sentencia, la reparación económica al trabajador de la Administración Pública compensa el abuso cometido en la contratación temporal, por lo que supera el doble juicio *equivalencia y efectividad*, y es entonces conforme a la directiva la no conversión del contrato en indefinido porque va acompañado de dicha medida (apartado 40 y fallo asunto C-180/04). En el mismo sentido, la sentencia del caso Marrossu C-53/04 (apartado 55 y fallo). Por el contrario, en el caso Adeneler C-212/04, el TJCE considera que no se supera el doble juicio de equivalencia y efectividad, dado que la prohibición de transformar los contratos temporales en indefinidos, no va acompañada de *ninguna medida efectiva para evitar y sancionar en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos* (apartados 100 a 105 y fallo).

C) En definitiva y en conclusión, de la doctrina expuesta del TJUE se desprende que : a) un norma estatal que prohíbe, en el sector público, la transformación de los contratos temporales en indefinidos sin ninguna medida alternativa que evite y sancione la utilización abusiva de dicho contratos, vulnera el efecto útil de la directiva 1999/70/CE (sentencia 4-07-2007 caso Adeneler C- 212/04);-; y b) una norma estatal que prohíbe en el sector público, la transformación de los contratos temporales en indefinidos con una medida alternativa de compensación económica que evite y sancione la utilización abusiva de contratos temporales, cumple el efecto útil de la directiva (sentencias 7-09-2006 casos Marrossu C-53/04 y Vassallo C-180/04).

D) Aquí no se establece compensación económica alguna, puesto que con independencia de que lo que más adelante señalaremos sobre la posibilidad -citada en el fundamento jurídico sexto de la sentencia- de resultar aplicable a supuestos como el presente la indemnización prevista en el apartado c) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores a los contratados temporalmente- lo cierto es, que esta apreciación no se efectúa en aplicación de la Directiva y de la doctrina del TJUE, como es de ver, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia, pues se insiste -además de lo ya expuesto al principio de estas consideraciones-, en que : *"No hay, por tanto, ni abusos, ni sucesión de contratos, ya que se está en una situación estable, a la que además el trabajador puede poner fin pidiendo la convocatoria de la vacante. Así, la culpa*



de la Administración en no convocar puede relacionarse con el aquietamiento del trabajador en no pedir la convocatoria, ponderando quizá la eventual concurrencia de terceros". Además de considerar la situación del trabajador indefinido no fijo como "estable", lo que de entrada choca, manifiestamente, con la realidad de las circunstancias ya expuestas de la trabajadora demandante, y de la referencia a unas hipotéticas expectativas de acción que podría haber ejercitado la demandante interesando la convocatoria de la vacante, de evidente complejidad, como se desprende de la propia doctrina de esta Sala, parece que, además, se aplica una especie de "compensación de culpas", poniendo en situación de igualdad a la Administración Pública, con todas sus prerrogativas, y al trabajador "indefinido no fijo", lo que no es de recibo, por cuanto la Administración tiene que actuar siempre con sujeción a la legalidad y velando por el interés general; y,

E) Como conclusión final de estas consideraciones, estimamos, contrariamente, a lo razonado en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia votada mayoritariamente, que si en aplicación de nuestro ordenamiento jurídico, tal como es interpretado en aquella, al trabajador al servicio de la Administración Pública -al que en aplicación de la doctrina jurisprudencial por encadenamientos de sus contratos eventuales o por obra determinada se ha convertido en indefinido no fijo-, se le extingue su contrato -como aquí acontece- por amortización de su puesto de trabajo por cese del servicio al que estaba adscrito- sin derecho a indemnización o compensación económica alguna, parece claro que no se supera el doble de test de equivalencia y efectividad establecido por el TJCE en interpretación de la Directiva 1999/70/CE. De ahí que, como apuntábamos, la aplicación de la causa objetiva legalmente procedente -despido objetivo por causas organizativas del artículo 52 c) del ET con derecho a la indemnización pertinente, previos los tramites del artículo 53 ET - deviene una medida alternativa, equivalente y efectiva a la prohibición de convertir los contratos temporales en indefinidos fijos en el sector público. Medida ésta (que como ha señalado ya la doctrina científica, entre otros los Profesores/as : LAHERA FORTEZA; ALZAGA RUIZ; BOLTAINE BOSCH; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ; LÓPEZ GANDÍA; y RAMOS MORAGUES) logra combinar la preservación de los procesos de selección en el empleo público y la reparación económica al trabajador indefinido no fijo, cuando se le extingue su contrato de trabajo por causas objetivas, al tiempo que cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE.

SÉPTIMA.- 1. Ya hemos hecho referencia, a que en el fundamento jurídico sexto de la sentencia votada mayoritariamente, por vez primera en la doctrina jurisprudencial de esta Sala, se reconoce, expresamente, con el fin de reparar una eventual desigualdad, que el "trabajador indefinido no fijo", y por ende, la trabajadora demandante, tendría derecho a la indemnización prevista en el apartado c) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores para los trabajadores contratados laboralmente, si bien se rechaza su concesión en el presente caso, argumentando, que *"la cuestión de la aplicación de esta indemnización no se ha planteado en estas actuaciones, en que en la demanda se pide que el despido se califique como nulo o improcedente, por lo que la Sala no puede decidir sobre esa indemnización, sin dar algo distinto de lo pedido y con fundamento también diferente"*.

2. Sin perjuicio de que, como venimos reiterando, la posición que se mantiene en este voto particular es la de que en el caso aquí enjuiciado procede la aplicación de lo establecido en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, y por consiguiente, también procedería la indemnización prevista para dicho supuesto en el artículo 53.1.b) del propio Texto estatutario, aceptando, a efectos meramente dialécticos, la aplicación al caso de la mencionada indemnización establecida para los supuestos de contratación temporal, disentimos de la solución, o mejor dicho, de la falta de solución que se da al presente caso en las presentes actuaciones. En efecto, el reenvío a una posterior acción indemnizatoria a ejercitar por la trabajadora demandante, que cuando menos implica una mayor dilación en la consecución de la indemnización -el cese de la demandante se produjo en el mes de octubre del año 2009-, es difícilmente conciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de nuestra Constitución, proclama y garantiza. Es por ello, que -siempre con respeto a la posición de la mayoría-, estimamos, que una interpretación integradora del principio de que "quien pide lo más pide lo menos" -reiteradamente aplicado por esta Sala- de los preceptos que regulan el despido objetivo, y de que, aún tratándose de un recurso de casación para la unificación de doctrina, y siendo lo primordial la fijación de la doctrina correcta, el pronunciamiento de la Sala, además, alcanza a las situaciones jurídicas creadas por la sentencia impugnada (artículo 226.3 de la Ley de Procedimiento Laboral aplicable al caso y 228.2 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), enmarcado todo ello dentro del mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conllevaría, a través de una interpretación evolutiva acomodada a la realidad social de una crisis generalizada que afecta a grandes sectores de nuestra sociedad, y como medio para asegurar la relevancia y legitimidad de la doctrina de esta Sala, a que en el fallo de la sentencia votada mayoritariamente se fijase ya la indemnización, cuya procedencia se reconoce en el fundamento jurídico sexto.

3. Esta solución, subsidiaria, resultaría más acorde no sólo con el ya mencionado derecho a la tutela judicial efectiva, sino también -como ya anticipamos- con los principios del Estado social constitucional, de la Carta Social Europea, y de la O.I.T, garantizadores todos ellos de protección al trabajador en el caso de despido.



OCTAVA.- 1. Todas las consideraciones precedentes, nos llevan a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida, al calificar de contraria a derecho la extinción del contrato de la trabajadora demandante, por razón del cese del Servicio de Salud al que estaba adscrita, sin acudir a lo establecido en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, y en definitiva sin la concesión de indemnización alguna, pese a los casi 20 años de prestación ininterrumpida de servicios para la Administración Pública demandada, por lo que dicha sentencia debería ser confirmada, previa desestimación del recurso.

Madrid, 22 de julio de 2013

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete así como el voto particular formulado por los Excmos. Sres. D. Fernando Salinas Molina, D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, D^a. Rosa Maria Viroles Piñol, D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO