



Roj: **STSJ M 7390/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:7390**

Id Cendoj: **28079340062017100568**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **420/2017**

Nº de Resolución: **579/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 7390/2017,**
STS 2433/2019

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

ROLLO Nº: RSU 420/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 4 d e MADRID

Autos de Origen: **999/2016**

RECURRENTE: CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

RECURRIDO: D^a. Eva

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 579

En el recurso de suplicación nº **420/2017** interpuesto por **LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID**, en nombre y representación de **CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **4** de los de MADRID, de fecha **UNO DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE** , ha sido Ponente el Ilmo Sr. **D. ENRIQUE JUANES FRAGA**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **999/2016** del Juzgado de lo Social nº **4** de los de Madrid, se presentó demanda por D^a. Eva contra **CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **UNO DE FEBRERO DE DOS MIL DIECISIETE**, cuyo fallo es del tenor literal siguiente :

"Que estimo la demanda por despido improcedente interpuesta por D^{ña}. Eva contra CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de fecha 30 de septiembre de 2016 del que la demandante fue objeto, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, así como a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o abonarle una indemnización de 17.106,18 euros, conforme lo establecido en el fundamento de derecho décimo. Se advierte a la empresa demandada que de no optar por la indemnización lo hace por la readmisión. Si se produjese la readmisión se deberán abonar los salarios de tramitación desde el despido hasta la fecha de notificación de la presente resolución, en la cuantía de 49,68 euros por día".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La actora viene prestando servicios para la demandada en la Residencia de Mayores Reina Sofía, con la categoría de Auxiliar de Hostelería, en el centro de trabajo nº 49, Residencia Manoteras de Madrid, con una antigüedad de 13/11/2007, cubriendo de forma interina la vacante nº NUM000 vinculada a la oferta de empleo público correspondiente al año 1998, con un salario base mensual de 1.490,45 euros brutos, con inclusión de prorrata de pagas extra (folios 80, 81, 83 a 85)

SEGUNDO.- La actora suscribió en fecha 13/11/2007 contrato de interinidad para cobertura de vacante con la demandada (folio 83), en cuya cláusula primera establece:

"El trabajador contratado ocupará provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los art. 13.2 y 3 del vigente Convenio Colectivo, la vacante número NUM000 de la categoría profesional AUXILIAR DE HOSTELERIA vinculada a la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 1998"

TERCERO.- Por escrito de la demandada de fecha 16/09/2016 (folio 82), se comunica a la actora lo siguiente:

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

En consecuencia, le notifico la finalización de su contrato de la categoría profesional de aux. hostelería, en el/ la centro de trabajo de RESIDENCIA DE MAYORES MANOTERAS de este Organismo Autónomo, el día 30 de septiembre de 2016, en el N.P.T. NUM000, y de conformidad con lo estipulado en la/s cláusula/s específicas de su contrato"

CUARTO.- Por resolución de 27/07/2016 de la Dirección General de Función Pública, se adjudica destino al personal seleccionado correspondiente a la convocatoria de oferta de Empleo Público de OPE/ para personal laboral, aprobada por ORDEN de 30/04/2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, siendo adjudicado el NPT NUM000 a D^{ña}. Benita (folios 84 y 85)".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 14 de junio de 2.017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en suplicación la COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda de la actora declarando la improcedencia de su despido, estableciendo opcionalmente con la readmisión, la obligación de pago de una indemnización correspondiente a esa calificación (45 y 33 días por año en función de los períodos de servicios). La demandante ha impugnado el recurso.

Los motivos formulados se amparan en el apartado c) del art. 193 de la LRJS. En el primero se alega la infracción del art. 70 de la ley 7/2007 por la que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público, alegando que la sentencia lo ha aplicado retroactivamente, y que aunque se considerase aplicable, no se habría producido el transcurso de 3 años desde su entrada en vigor el 13-5-07, considerando que la convocatoria para la consolidación de empleo tuvo lugar el 3-4-09. Añade que el transcurso del plazo no podría en modo alguno determinar la conversión del contrato en indefinido no fijo, citando en este sentido la sentencia del



TS de 19-7-16 . Por fin, señala que el art. 83 del EBEP determina que "la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que se establezca en los convenios colectivos que sean de aplicación y en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera", y que según los arts. 13 y 14 del convenio colectivo para el personal laboral se prevén tres fases de cobertura de vacante y no se fija un plazo para ellos, por lo que esta regla debe aplicarse con prioridad a la del art. 70 del EBEP , teniendo en cuenta la supletoriedad que le atribuye el citado art. 83 del mismo texto legal .

SEGUNDO.- La cuestión así suscitada ha sido ya objeto de atención por esta Sala y sección a raíz de anterior recurso de la CAM correspondiente a asunto similar, con ocasión del cese de otra trabajadora por cobertura de su plaza en el mismo proceso de consolidación de empleo, si bien en aquel caso su contrato era anterior a la entrada en vigor del EBEP, mientras que en el actual el contrato de la actora es de fecha 13-11-2007. Pero en todo caso resultan trasladables los siguientes razonamientos:

"**TERCERO.-** Como punto de partida de ese examen hemos de resaltar de manera especial que la provisión de la vacante ocupada por la Sra. Luisa se produjo como consecuencia de la resolución del proceso extraordinario de consolidación de empleo señalado en los hechos declarados probados cuarto a sexto. La legalidad de este proceso no puede cuestionarse en este caso, ya que:

- Nada objetan al respecto la sentencia de instancia ni las partes procesales.

- Tampoco la jurisprudencia. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado varias resoluciones en litigios derivados de esa clase de procesos de provisión de puestos de trabajo de personal laboral de las Administraciones públicas, según veremos en las sentencias que citaremos más adelante en los fundamentos octavo y noveno. Por su parte la Sala Tercera ha ratificado en varias ocasiones la competencia de la Comunidad de Madrid para celebrar convocatorias singulares de provisión de personal -funcionario y laboral-, conforme a las facultades de su Ley autonómica 1/86 (sentencias de 11 de febrero de 2009 -rec. 1299/05 - y 25 de febrero de 2009 -rec. 2372/05 -).

Sentado el presupuesto relativo al sistema de provisión seguido para cubrir la vacante ocupada interinamente por la actora, pasamos a razonar por qué entendemos que no se aplica en este caso la previsión de duración máxima de 3 años de la que habla el inciso final del art. 70.1 EBEP y, correlativamente, por qué no puede hablarse de contrato indefinido.

CUARTO.- El primer texto del EBEP fue aprobado por la Ley 7/2007, posteriormente derogado por Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en vigor desde 1 de enero de 2015. No obstante, hay que destacar el contenido coincidente del art. 70 y la disposición transitoria cuarta de ambas leyes que acabamos de mencionar, siendo su texto el siguiente:

Artículo 70.1 "Oferta de empleo público.

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

Vemos en el precepto transcrito que lo que en él se regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público -en adelante "OPE"- u otro instrumento similar de gestión), dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. Por tanto, el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo como el seguido en este caso para la cobertura de la vacante de la actora.

Ese proceso especial viene regulado en la disposición transitoria cuarta de las normas de referencia, estableciendo:

"1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.



3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto".

Así pues, estos procesos de consolidación de empleo se desarrollan en varias fases, lo cual, correlativamente, afecta a la duración del plazo de provisión de vacantes vinculadas a los mismos, sin que tengan preestablecida una duración predeterminada en el art. EBEP.

QUINTO.- En el caso concreto del proceso convocado por la Orden citada en el cuarto hecho declarado probado de la sentencia impugnada el texto de su convocatoria (BOCAM 4/4/09) señala que se realizó "en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria undécima del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, y previo dictamen de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del referido Convenio Colectivo, en sesión celebrada el día 13 de marzo de 2009".

Dicha disposición de convenio establece un proceso de consolidación de empleo que se desarrolla en tres fases, sujetas al siguiente régimen:

"Undécima. Ordenación y mejora del empleo (consolidación)

Con la finalidad de fomentar la movilidad, la carrera profesional y la estabilidad en el empleo del personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, reduciendo la temporalidad en el empleo a los niveles mínimos imprescindibles (8 por 100) se establece el programa de actuación que a continuación se desarrolla, que también tiene como finalidad la de favorecer las medidas necesarias para asegurar la ejecución periódica y regular los procesos de cobertura de puestos de trabajo mediante personal fijo.

En consecuencia, este plan se ordenará en tres fases sucesivas:

1 En la primera fase, se procederá a convocar, dentro del primer semestre de 2005, un concurso de traslados en el que se incluirán las plazas vinculadas a las Ofertas de Empleo Público pendientes de los años 2001-2004.

Excepcionalmente, podrán participar en este concreto concurso de traslados los trabajadores a los que se haya adjudicado puesto en el anterior concurso.

2. En la segunda fase se convocarán, dentro del primer cuatrimestre de 2006, procesos de promoción profesional específica correspondientes a las Ofertas de Empleo Público 1999- 2004 para el personal laboral fijo.

De forma excepcional y única, este proceso se abordará, a excepción del grupo V, mediante convocatorias de procedimientos de selección bajo el sistema de concurso-oposición, en los que podrán superar la fase de oposición un número de aspirantes mayor que el de plazas y en los que el concurso tendrá por tanto carácter eliminatorio. Las convocatorias en cuestión serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales legitimadas.

(...)

3. En la tercera y última se desarrollará un proceso extraordinario y por una sola vez de consolidación de empleo, mediante convocatorias de procedimientos de selección bajo el sistema de concurso-oposición, en los que podrán superar la fase de oposición un número de aspirantes mayor que el de plazas y en los que el concurso tendrá por tanto carácter eliminatorio. Las convocatorias en cuestión serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales legitimadas".

En suma, la cobertura de la vacante de la actora ha seguido el trámite indicado en la norma de convenio que acabamos de transcribir, cuya aplicación ha requerido la ejecución de tres fases sucesiva (concurso de traslados, promoción profesional y concurso oposición), sin que a estos efectos el convenio ni la Orden de convocatoria del proceso fijen plazo de ejecución determinado, ni impongan el de 3 años aplicado por el juzgador de instancia."

TERCERO.- Asumiendo coherentemente estas consideraciones, ha de concluirse también ahora que el contrato de la actora no debe calificarse como indefinido no fijo por superación del plazo de tres años establecido en el art. 70.1 del EBEP, compartiendo en este sentido la tesis del recurso, por lo que se ha de estimar el primer motivo.

No se desconoce, sin embargo, que algunas sentencias del TS parecen pronunciarse en el sentido de aplicación de dicho precepto en el sentido de que la superación del lapso de tres años en el contrato de interinidad por vacante o proceso de selección sí produciría el efecto de la consideración de indefinido no fijo (sentencias



de de 14-10-14 rec. 711/13 y 10-10-14 rec. 723/14 , que citan otras de fecha 14-7-14 rec. 1847/13 y 15-7-14 rec. 1833/13). Ahora bien, aun en este supuesto no variaría la solución del presente litigio, como se razonará posteriormente.

CUARTO.- En el segundo motivo se alega la infracción del art. 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 4.2 y 8.1.c) 4ª del RD 2720/98 , conforme a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 , negando que sea de aplicación el criterio mantenido en la sentencia del mismo órgano judicial de 24-6-14 aplicada en la de instancia.

En este aspecto también reproducimos lo que resolvió la ya citada sentencia de esta Sala sobre recurso análogo:

"SÉPTIMO.- El segundo mantiene que concurre causa legal de extinción del contrato de la actora, amparada en el art. 49. 1 b) ET en relación con los arts. 4.2 y 8.1 c) 4º RD 2720/98 , conforme a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 , no siendo de aplicación el criterio mantenido en la sentencia del mismo órgano judicial de 24 de junio de 2014 aplicada en instancia.

El escrito de impugnación de recurso defiende la conformidad a Derecho de la sentencia impugnada en cuanto a su decisión de que la extinción de la relación laboral de la actora debió haber seguido el procedimiento de los arts. 51 y 52 ET .

Este Tribunal comparte los presupuestos en que se asienta el motivo de recurso que es objeto de examen. No cabe aplicar en este caso, como ha hecho el juzgador de instancia, el criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 (RCUD 217/13) , de Sala General, puesto que se refiere al supuesto de fin de contrato de interinidad por amortización de la plaza ocupada por el contratado interino. Los términos en que se expresa dicha resolución son inequívocos: "La demandada no ha controvertido que nos encontremos ante un despido colectivo, que afecta a un importante número de trabajadores. Su oposición a la aplicación del procedimiento previo del despido colectivo que regula el art. 51 del E.T . en relación con la Adicional Vigésima del mismo y con el art. 35 del R.D. 1483/2012 , la ha fundado en que la extinción de los contratos se ha basado en la aprobación de una nueva R.P.T. que ha conllevado la amortización de los puestos de trabajo de los trabajadores afectados que han visto extinguidos sus contratos no por causa de un despido colectivo, sino por la amortización del puesto de trabajo que ocupaban en virtud de un contrato de interinidad por vacante, contrato que se extingue al ser cubierto el puesto de trabajo que es objeto del mismo, y, también, cuando se amortiza ese puesto porque de ese hecho deriva, igualmente, la extinción de un contrato de interinidad que ha perdido su objeto".

Por el contrario, en el caso presente no ha existido amortización alguna de la plaza ocupada por la actora, sino todo lo contrario; dicha plaza se mantiene con su correspondiente dotación presupuestaria y por eso precisamente se ha procedido a designar al titular que debe ocuparla.

En consecuencia, la concurrencia o no de válida causa de extinción contractual debe resolverse conforme a los presupuestos propios del contrato de interinidad.

OCTAVO.- En este punto la jurisprudencia también es clara, como vamos a ver tomando como referencia directa dos sentencias del Tribunal Supremo que han abordado esta materia. Seguimos en su orden de cita este criterio: primero una sentencia de Sala General; después otra referida específicamente a proceso de cobertura de vacantes en el ámbito de la sanidad pública de la Comunidad de Madrid.

La primera de esas sentencias es de fecha 1 de febrero de 2011 (RCUD 899/10) , de la que se va a hacer extensa transcripción a fin de poder apreciar la más que relevante similitud del supuesto en ella enjuiciado con el concurrente en el presente litigio, pues también en aquél se cuestionó el fin de un contrato de interinidad iniciado en diciembre de 2003 y terminado en diciembre de 2008 (por tanto, con duración superior a 3 años) como consecuencia de la asignación de la plaza ocupada por el trabajador interino a la persona designada como titular de la misma tras superar esta última la prueba establecida al efecto, que no fue otra sino un proceso de consolidación de empleo temporal convocado en iguales término que los acordados en la Orden de 3 de abril de 2009 citada en el cuarto hecho declarado probado de la sentencia de instancia del presente litigio.

(...)

NOVENO.- La segunda sentencia del Tribunal Supremo que queremos recordar en este momento es la de 18 de mayo de 2015 (RCUD 2135/14) , referida a proceso de cobertura de vacantes en el ámbito sanitario de la CM. Aborda un caso de contratación interina producida en noviembre de 2003 referida a una plaza cuya cobertura se produjo en noviembre de 2012 (mucho después de 3 años desde el inicio del contrato de interinidad), tras resolverse el correspondiente proceso de promoción profesional específico.

(...)



En suma, no estamos ante un despido sino ante válida extinción del contrato de interinidad de la actora.

Se estima el segundo motivo de suplicación".

QUINTO.- Con base en los fundamentos transcritos estimamos asimismo ahora el segundo motivo del recurso de la Comunidad de Madrid, concluyendo que la extinción del contrato ha sido regular, pues no se ha tratado de una amortización de la plaza, sino de la concurrencia de la causa estipulada y legalmente prevista, como es la cobertura de la plaza por los procedimientos de selección establecidos. Ello determina que no resulten de aplicación los arts. 51 y 52 del ET, no siendo necesario que la Comunidad de Madrid comunicara a la actora la extinción de su contrato con arreglo a lo establecido en dichos preceptos, al contrario de lo que ha entendido la sentencia de instancia, que apreció como motivo de la improcedencia del despido la falta de puesta a disposición de la actora de la indemnización correspondiente al despido por causas objetivas.

En el tercer y último motivo se alega la infracción del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia. Se aduce que a tenor de dicho precepto los contratos de interinidad no tienen establecida indemnización alguna por la válida extinción, a diferencia de otros contratos temporales, sin que esa diferencia se halle incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación con arreglo al Acuerdo Marco incluido en la Directiva 1999/70, tal como ha entendido la STJUE de 14-9-16. Subsidiariamente, sostiene que sería de aplicación a los interinos por vacante la solución dada por la sentencia del TS de 7-11-16 reconociendo a éstos una indemnización del art. 49.1.c) del ET de doce días de salario por año de servicio.

En el presente caso no existe duda alguna de que en la demanda se solicitó con carácter subsidiario la indemnización de 20 días por año correspondiente a los despidos por causas objetivas, en aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto De **Diego Porras**).

Partiendo de esta premisa, que era más problemática en nuestra anterior sentencia ya citada de 8-5-17, reiteramos lo ya resuelto sobre lo relativo a la indemnización que se ha de reconocer en este supuesto:

UNDÉCIMO.- Esta problemática no puede desvincularse del derecho de los justiciables a que los jueces y tribunales resuelvan conforme al sistema de fuentes establecido en nuestro ordenamiento jurídico (art. 24.1 CE), lo cual conecta, a su vez, con estas cuestiones: por un lado, la eventual colisión entre la previsión establecida en el art. 49.1.c) ET (exclusión de indemnización por válido fin de contrato interino) con la Directiva 1999/70/CE y el principio de prohibición de trato desfavorable entre trabajadores fijos y temporales que en ella se establece; por otro, el alcance de la reserva de la competencia del Tribunal Constitucional para depurar la legalidad de las normas postconstitucionales con rango de ley de nuestro ordenamiento interno y las eventuales excepciones a esa reserva de acuerdo con la posición que ocupa el Derecho comunitario dentro del sistema de fuentes del ordenamiento español y la eficacia de sus normas.

DUODÉCIMO.- Sobre la indicada reserva en favor del órgano constitucional mantiene la muy reciente STC 1/17 :

"... es efectivamente doctrina de este Tribunal que los órganos de la jurisdicción ordinaria no pueden inaplicar una ley postconstitucional vigente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues al hacerlo incurren en exceso de jurisdicción de conformidad con los arts. 153 a) y c) y 163 CE , en la medida en que interpretan preceptos y normas de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad (STC 173/2002 , FJ 7), y vulneran además las garantías procesales del art. 24 CE , pues aunque pueda resultar esa decisión judicial "aparente o formalmente motivada" no es, sin embargo "una resolución fundada en Derecho" resultando así "lesiva de las garantías del proceso debido" y provocando "indefensión" a la parte recurrente (por todas, STC 177/2013, de 21 de octubre , FJ 8, con cita de otras)".

Las excepciones a la necesidad de dicha reserva en favor del TC requieren considerar el principio de primacía del Derecho comunitario y la eficacia de sus disposiciones, cuestiones éstas que requieren examen por separado.

DECIMOTERCERO.- La sentencia del TC 232/15 se refiere a las excepciones a la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en orden a la eventual inaplicación por parte de un órgano judicial español de una ley postconstitucional que puede resultar contraria a otra norma comunitaria, diciendo:

"... este Tribunal ya ha tenido ocasión de resolver:

a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una "duda objetiva, clara y terminante" sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004 , FFJJ 9 a 14).



b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3).

c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una "selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso", lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6).

O, lo que es lo mismo: cuando una norma comunitaria ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentido opuesto al que resulta de la normativa interna española, debe tenerse en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

DECIMOCUARTO.- Ahora bien, para que entre en juego ese principio de primacía del Derecho comunitario hay que considerar la eficacia de la disposición comunitaria que pretende aplicarse por encima de la normativa interna española, a propósito de lo cual mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (Rec. 207/15):

"a).- La llamada la «eficacia directa» del Derecho UE -posibilidad de aplicar el Derecho de la Unión en los Estados miembros con independencia de las previsiones del Derecho interno- se halla limitada en principio a los Reglamentos de la UE, que son «directamente aplicable[s] en cada Estado miembro» [art. 288 TFUE], por integrarse en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de su publicación en el DOUE [art. 297 TFUE]; de manera que el Derecho originario puede ser -desde su entrada en vigor- invocado antes los órganos jurisdiccionales nacionales (así, desde la STJ 05/02/1963, asunto 26/62, «Van Gend & Loos»).

b).- Ciertamente que a partir de la STJ 04/12/1974 [asunto C- 41/74 «Van Duyn»] la posibilidad de «eficacia» directa se extiende igualmente - aunque en forma muy limitada- a una parte del Derecho derivado, al sentarse el criterio de que las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta [la llamada eficacia «reaccional»], pero ha de tenerse en cuenta que:

1º).- En tanto que opera como «garantía mínima» frente a la anómala situación provocada por la dejadez estatal (STJ 15/07/1982, asunto 270/81, «F. Rickmers»), su contenido ha de ser incondicional y suficientemente claro y preciso [STJ asunto «Van Gend & Loos»], aunque posteriormente el TJUE elimina la exigencia de claridad y requiere tan sólo que las Directivas sean «incondicionales y suficientemente precisas» (STJ 19/01/1982, asunto «U. Becker»), de forma que impongan «una obligación en términos inequívocos» (STJ 23/02/1994, asunto «Difesa della Cava»);

2º).- Su operatividad -con trasfondo sancionador- se limita al marco de las relaciones verticales [poderes públicos/particulares] y en sentido unilateral [sólo los particulares pueden invocar la Directiva frente a los poderes públicos] (SSTJ 11/06/1987, asunto «Pretore di Saló»; 08/10/1987, asunto «Kolpinghuis Nijmegen»; y 03/05/2005, asunto «Berlusconi»).

c).- Tal como se ha apuntado, al tener la eficacia directa de las Directivas un trasfondo sancionador, en tanto que -conforme a lo indicado- se hace valer por el particular frente al Estado incumplidor, lógicamente la misma ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas y carecen de eficacia invocable en plano «horizontal», pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra» (aparte de otras anteriores ya citadas, las SSTJ 05/04/1979, asunto «Ratti»; 07/12/95, asunto «Spano»; 19/01/2010, asunto «Kücükdeveci», ap. 46; 24/01/2012, asunto «Domínguez», ap. 42; 15/01/2014, asunto «Association de médiation sociale»; 05/10/2004, asunto «Pfeiffer», ap. 108; y la reciente 19/04/2016, asunto C-441/14, «Dansk Industri», ap. 30).

UNDÉCIMO.- 1.- Los sujetos --pasivos- de la «eficacia vertical».-

Abundando en esta línea explicativa hemos de indicar -con las SSTJUE 24/01/2012, asunto «Domínguez», aps. 38 y 38; y 12/12/13, asunto «Portgás», aps. 23 y 24- que:

a).- Se ha mantenido un sentido amplio del sujeto frente al que invocar las disposiciones comunitarias, al afirmar que pueden aducirse «contra un Estado, sea cual sea la condición en la que actúa, como empleador o como autoridad pública».

b).- Asimismo, las Directivas son invocables -cuando proceda y en tanto que como efecto directo- también, de entre las entidades públicas, contra «los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto



de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes".

De donde se concluye con la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 en las relaciones laborales que mantiene la CM con sus trabajadores.

DECIMOQUINTO.- Por último haremos mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, asunto **Diego Porras**), la cual concluye que *"La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".*

El presupuesto del que parte dicha conclusión radica en equiparar el fin de un contrato temporal interino (art. 49.1.c) ET) con el fin de un contrato fijo por causa de crisis o reordenación empresarial (despido objetivo del art. 49.1. k) y l) ET).

En el fondo, bajo este planteamiento subyacen tres presupuestos. Primero: tal como resulta del fundamento 23 de esta sentencia, una asimilación de los conceptos "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral (ejecución de una obra o servicio determinado o producción de un hecho determinado) y "despido objetivo" del contrato de trabajo (el debido a causa económica, técnica, organizativa o productiva conforme a los términos definidos en el art. 51.1 ET). Segundo: partiendo de dicha equiparación, reclasificación de todas las causas de extinción del ordenamiento español en dos únicas categorías: subjetivas y objetivas. Tercero: atribuir automáticamente a todos los supuestos incluidos en la categoría "objetiva" el mismo régimen indemnizatorio de extinción, con independencia de todo otro factor.

Hemos de manifestar respetuosamente que ese planteamiento jurídico nos suscita serias dudas, por varias razones. Es cuestionable la indicada equiparación, porque se establece sobre la base de una homologación que no existe, ni conceptual ni jurídicamente. Las "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral (por ejemplo, el fin de una obra o el fin de una sustitución) no son equiparables al despido por "causa objetiva" regulado en el art. 52.c) ET , el cual hace referencia a un concepto jurídico que considera un hecho (por ejemplo, las cuentas o la organización de la empresa) valorado específicamente en los términos definidos en el art. 51.1 ET .

Por otra parte, si aceptamos la indicada equiparación de base (asimilación de los conceptos concurrencia de "condiciones objetivas" determinantes del fin de una relación laboral con "despido objetivo" del contrato de trabajo), la consecuencia será que igualmente deberían considerarse como condición objetiva de extinción contractual algunas conductas citadas en el art. 54.2 ET como justificativas del despido disciplinario -cuyo carácter de causas subjetiva de extinción contractual hasta ahora no se puesto en duda-. El supuesto más claro sería el de las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, pues también esas conductas operarían como "condiciones objetivas" justificantes del fin del contrato laboral.

Pese a estas dudas, no creemos posible que este Tribunal plantee nueva cuestión prejudicial sobre la materia, puesto que la solución que entendemos más acorde (igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, conforme a los criterios del art. 49.1.c) ET) no puede ser suscitada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en función de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE. La razón se debe a que las posibles diferencias de trato entre distintas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación tutelado a través del Acuerdo incorporado a dicha norma comunitaria (fundamento 38 de la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016).

DECIMOSEXTO.- Llega la hora de concretar nuestra decisión sobre el tercer motivo de recurso de la CM. Éste pide descartar toda indemnización por lícito fin del contrato de interinidad de la actora -petición principal- o, de conceder alguna, que sea la fijada en el art. 49.1.c) ET para determinados casos de trabajadores temporales -petición subsidiaria-. Esa decisión se adoptará a partir de la doctrina comunitaria, la doctrina constitucional y la jurisprudencia que se ha citado anteriormente, de cuyo conjunto deducimos:

-La contradicción entre la cláusula. 4.1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la citada Directiva 1999/70/CE (principio de prohibición de trato desfavorable entre trabajadores fijos y temporales) y el art. 49.1.c) ET (exclusión de indemnización a los trabajadores interinos que válidamente finalicen sus relaciones laborales) ha sido aclarada por la sentencia del



Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en el sentido de que no queda justificado que por el mero hecho de ser interino un trabajador no tenga derecho por fin de su relación laboral a la indemnización establecida en el ordenamiento español para el caso de los despidos objetivos de trabajadores fijos.

-La Directiva 1999/70/CE goza del principio de primacía del Derecho comunitario.

-Goza también en este caso de eficacia directa vertical en la relación laboral entre las partes procesales, dado que estamos en un pleito entre un Organismo público ("CM") que actúa como prestador de un servicio público y un particular.

- Para aplicar la doctrina comunitaria establecida en la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016 no es preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad, por las razones indicadas en la doctrina constitucional que se reseña en el decimotercer fundamento de derecho de la presente sentencia.

En consecuencia, procede por parte de este órgano judicial aplicar la doctrina de dicha sentencia comunitaria, dada la absoluta igualdad de ambos supuestos litigiosos (mismo empleador y misma válida causa de extinción de contratos de interinidad).

DECIMOSÉPTIMO.- Correlativamente, procede estimar los dos primeros motivos de recurso y revocar la decisión de instancia referida a que la causa de extinción del contrato de la actora se califique como despido, ya que estamos ante válida extinción de contrato interino por cobertura de vacante. En cuanto al motivo tercero, solo procede su estimación parcial, en el sentido de que el fin de servicios de la actora conlleva su derecho a percibir indemnización, equivalente a 20 días de salario por año trabajado, lo que se traduce en un importe de 13.50483 euros."

SEXTO.- En la transcrita sentencia consta un voto particular en el sentido de que se debería volver a suscitar cuestión prejudicial ante el TJUE por las razones que allí se exponían, si bien no resulta procedente volver a formularlo una vez que tal postura quedó en minoría en la primera ocasión en que se tuvo ocasión de abordar esta cuestión.

Por ello, y asumiendo los criterios que han quedado transcritos, se ha de llegar también ahora a idéntica solución, con estimación parcial del recurso, debiendo reconocerse a la actora la indemnización establecida para el despido por causas objetivas, que asciende a 8.738,33 €

Por último, cabe señalar que si se considerase que la trabajadora había adquirido el estatus de indefinida no fija por superación del plazo de tres años con arreglo al art. 70.1 del EBEP, tendría derecho a la misma indemnización por la extinción de su contrato por la cobertura de la plaza, a tenor de la doctrina instaurada por sentencia del TS de 28-3-17 rec. 1664/2015 entre otras.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

FALLAMOS:

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por LA CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID contra la sentencia del juzgado de lo social nº 4 de Madrid, en autos 999/2016 promovidos por D^a. Eva contra la recurrente, y revocamos la sentencia de instancia, declarando que la extinción del contrato de la demandante constituye válida extinción contractual con derecho de la trabajadora a percibir indemnización de 8.738,33 euros. No procede la imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 420/2017 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la



transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 420/2017), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S .).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ