



Roj: **STSJ M 12605/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:12605**

Id Cendoj: **28079340032017100628**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **17/11/2017**

Nº de Recurso: **236/2017**

Nº de Resolución: **722/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12605/2017,**
AATSJ M 564/2017,
STS 2147/2019

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

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

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0044812

Procedimiento Recurso de Suplicación 236/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Despidos / Ceses en general 968/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 722/17-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

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

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 236/2017, formalizado por la Letrada Dña. MARIA JOSE AHUMADA VILLALBA en nombre y representación de Dña. Adelina y otros 6, contra la sentencia de fecha 18/01/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 968/2016, seguidos



a instancia de Dña. Adelina , Dña. Felicísima , Dña. Raquel , Dña. Angustia , Dña. Genoveva , Dña. Sagrario y Dña. Bernarda frente a CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA, CONSEJERIA DE EDUCACION, JUVENTUD Y DEPORTE y AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

1)-La actora D^a Raquel comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID en fecha 1-7-03 con la categoría de auxiliar de enfermería y con un salario bruto mensual de 1.441,21 euros con prorrata de pagas.

La actora había celebrado con la entidad demandada diversos contratos temporales de interinidad, tal como consta en el hecho 2º de su demanda y se da por reproducido.

El último contrato celebrado en fecha 3-5-12 era de interinidad por vacante del puesto nº NUM000 , vinculado a la OPE de 2001, por diligencia posterior al contrato.

2)-La actora D^a Felicísima comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID en fecha 15-7-08 con la categoría de auxiliar de hostelería y con un salario bruto mensual de 697,85 euros con prorrata de pagas.

La actora había celebrado con la entidad demandada diversos contratos temporales de interinidad, tal como consta en el hecho 2º de su demanda y se da por reproducido.

El último contrato celebrado en fecha 1-4-15 era de interinidad por vacante del puesto nº 18.300, vinculado a la OPE de 2003.

3)-La actora D^a Adelina comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLITICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID en fecha 1-7-05 con la categoría de auxiliar de enfermería y con un salario bruto mensual de 1.694,97 euros con prorrata de pagas.

La actora había celebrado con la entidad demandada diversos contratos temporales de interinidad, tal como consta en el hecho 2º de su demanda y se da por reproducido.

El último contrato celebrado en fecha 1-11-07 era de interinidad por vacante del puesto nº 36.290, vinculado a la OPE de 2002.

4)-La actora D^a Genoveva comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLITICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID en fecha 22-12-03, con la categoría de auxiliar de enfermería y con un salario bruto mensual de 1.650,86 euros con prorrata de pagas.

La actora había celebrado con la entidad demandada diversos contratos temporales de interinidad, tal como consta en el hecho 2º de su demanda y se da por reproducido.

El último contrato celebrado en fecha 1-11-07 era de interinidad por vacante del puesto nº 21.148, vinculado a la OPE de 2001.

5)-La actora D^a Sagrario comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLITICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID en fecha 27-7-01, con la categoría de auxiliar de enfermería y con un salario bruto mensual de 1,694,97 euros con prorrata de pagas.

La actora había celebrado con la entidad demandada diversos contratos temporales de interinidad, tal como consta en el hecho 2º de su demanda y se da por reproducido.

El último contrato celebrado en fecha 13-9-07 era de interinidad por sustitución por enfermedad de D^a Sonia para el puesto nº NUM002 , la cual venía prestando servicios en ese puesto con un contrato de interinidad por vacante.



6)-La actora D^a Bernarda comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID en fecha 1-7-99, con la categoría de auxiliar de enfermería y con un salario bruto mensual de 1.783,19 euros con prorata de pagas.

La actora había celebrado con la entidad demandada diversos contratos temporales de interinidad, tal como consta en el hecho 2º de su demanda y se da por reproducido.

El último contrato celebrado en fecha 1-11-07 era de interinidad por vacante del puesto nº NUM001 , vinculado a la OPE de 2003.

7)-La actora D^a Angustia comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID en fecha 1-8-05, con la categoría de auxiliar de hostelería y con un salario bruto mensual de 1.469,20 euros con prorata de pagas.

La actora había celebrado con la entidad demandada diversos contratos temporales eventuales, tal como consta en el hecho 2º de su demanda y se da por reproducido.

El último contrato celebrado en fecha 7-4-08 era de interinidad por vacante del puesto nº 20.025, vinculado a la OPE de 2.000.

8)-Por Orden de 3-4-09 de la Consejería de la Presidencia, Justicia e Interior (BOCAM 29-6-09) se procede a convocar un proceso extraordinario de consolidación de empleo de carácter laboral para plazas de auxiliar de enfermería.

Mediante resoluciones de la Dirección General de la Función Pública de fechas 22, 27 y 29 de julio de 2016 (BOCAM 2-8-16), se procede a la adjudicación de los destinos procedentes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral, de las categorías profesionales de DUE, auxiliar de hostelería y auxiliar de enfermería, respectivamente.

9)-Por cartas de efecto del 30-9-16, la entidad demandada les notifica la extinción del contrato de trabajo por cobertura de la vacante en la que prestaba servicios cada una de las actoras, habiéndose cubierto cada vacante por una persona determinada, que ha superado el procedimiento reglamentario.

10)-Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el Convenio colectivo del personal laboral de la CCAA de Madrid 2004-07, en cuyo art. 13 se regula el Régimen de provisión en los siguientes términos:

"1. Con carácter previo a su inclusión en la Oferta de Empleo Público serán ofertadas en régimen de provisión interna, con arreglo al procedimiento establecido en el presente artículo, las vacantes existentes.

La comisión paritaria determinará, en su caso, la incorporación directamente a la Oferta de Empleo Público de las vacantes producidas por incremento vegetativo de plantilla, entendiéndose por estas últimas las relativas a jubilaciones, excedencias, renunciaciones y demás situaciones de baja de carácter análogo. De no llegarse a acuerdo en comisión paritaria se proveerán en primer término en régimen de provisión interna todas ellas.

La Comunidad podrá reservar para su provisión por convocatoria libre, sin someterse a los turnos fijados en este artículo, los puestos que requieran cualificación exigida por la innovación tecnológica, reorganización administrativa o inicio de nuevas actividades. La Comunidad deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la utilización fundamentada de esta reserva. En caso de desacuerdo, será la comisión paritaria la encargada de resolver las diferencias, de conformidad con los métodos establecidos para la resolución de las mismas.

Con carácter general podrán tomar parte en los turnos de provisión interna aquellos trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio con relación jurídico-laboral de carácter indefinido y que se encuentren en situación de servicio activo o con el contrato suspendido con reserva de puesto. En el concurso de traslado podrán tomar parte, asimismo, los trabajadores en excedencia voluntaria con derecho a reingreso previa solicitud del mismo."

11)- La plaza que ocupaba Bernarda fue cubierta por un titular, que tomó posesión e inició un periodo de excedencia por incompatibilidad desde el 1-10-16.

12)-D^a Macarena ha sido la adjudicataria del puesto nº NUM002 , que ocupaba la actora D^a Sagrario , la cual ha pedido la excedencia voluntaria y su puesto ha sido cubierto por otro trabajador mediante un contrato de interinidad desde el 1-10-16.

D^a Sagrario actualmente está contratada mediante contrato de interinidad en el puesto nº NUM003 , vinculado a una OPE.

13)-La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.



14)-Se agotó la vía previa administrativa.

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

Que desestimando totalmente la demanda de despido interpuesta por D^a Raquel , Felicísima , Adelina , Genoveva , Sagrario , Bernarda y Angustia frente a la CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID y la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por las demandantes, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 22/03/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 24/10/2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia se alzan en suplicación las actoras articulando en primer lugar diversos motivos fácticos. Así, piden que se rectifique el hecho probado segundo *in fine* para que se indique que el "último contrato celebrado" lo fue el 11/03/2015 (y no el 01/04/2015), lo que se desprende del propio documento contractual obrante a los folios 246, 247 y 248 de los autos, así como una adición al hecho probado sexto que resulta improcedente pues la sentencia ya asume tal extremo en su fundamento de derecho tercero.

El segundo motivo que pretende adicionar al hecho quinto "sin vincular a la demandante a la Oferta Pública de Empleo" se rechaza por ser una valoración aclaratoria. Antes de pasar al análisis de los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo que se articulan por el 193 c) de la L.R.J.S. debemos tener en cuenta la razón del pronunciamiento desestimatorio.

La sentencia primero resume la compleja jurisprudencia a tener en cuenta en el fundamento de derecho segundo que dice:

«SEGUNDO.- La litis del presente procedimiento se centra en determinar si la extinción del contrato de interinidad suscrito entre la parte actora y la entidad demandada, que fue extinguido por cobertura de vacante, constituye o no un despido improcedente, y todo caso sí, siendo un despido objetivo, tiene derecho a percibir la indemnización de 20 días por año de antigüedad.

A estos efectos, procede aclarar con carácter previo las siguientes cuestiones: 1) la naturaleza jurídica de los contratos de interinidad, para determinar si el contrato temporal celebrado entre las partes fue o no conforme a derecho; 2) supuestos de extinción del contrato de interinidad, a fin de determinar si el cese constituye o no un despido; y 3) la indemnización procedente en caso de extinción.

1) En primer lugar, respecto a la naturaleza jurídica del contrato de interinidad , el art. 15,1c) ET permite la celebración de contratos de duración determinada cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se identifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución.

Además, el art. 4,1 del Real Decreto 2720/98 dispone que: "el contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual. El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva".

En concreto, respecto a la interinidad por vacante, el Tribunal Supremo ha venido estableciendo en unificación de doctrina en sus Sentencias de 17 y 18 mayo , 12 , 15 y 26 junio , 6 , 14 , 15 , 24 , 25 y 31 julio , 22 , 25 , 27 y 29 septiembre , 4 , 6 , 10 y 25 octubre y 7 noviembre 1995 , 19 enero , 29 marzo y 23 abril 1996 y 26 de junio de 1996 , que: "las Administraciones Públicas pueden utilizar la contratación temporal no sólo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, a cuyo supuesto se refiere el artículo 15.1, c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984, de 21 noviembre, sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través de los procedimientos establecidos al efecto.



Y añade que aunque se utilice el cauce del contrato para obra o servicio determinado previsto en el artículo 15.1, a) del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 2 del Real Decreto 2104/1984 sólo implica una irregularidad formal, que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad por vacante sin que ello pueda transformar un contrato temporal para la cobertura provisional de vacante en un contrato por tiempo indefinido.

En cuanto a la duración del contrato de interinidad vinculado a la cobertura de vacante por OPE, el TS reconoce que la superación del plazo de 3 meses no determina indefinición en el ámbito de las Administraciones Públicas (STS 29-5-06, 14-6-06); y que la simple demora en la provisión de plazas tampoco determina la indefinición de la relación laboral (STS 24-6-96, 17-12-97).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 70,1 EBEP (RD Legislativo 30-10-15) señala que: "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."

En interpretación de dicha normativa, la jurisprudencia unificada del TS ha venido señalando que deben calificarse como indefinidos no fijos los trabajadores que han prestado servicios para la Administración Pública en calidad de interino por vacante superando el límite temporal de tres años para su cobertura (STS 14-7-14, 15-7-14, 10-10-14, 14-10-14, entre otras). Doctrina que además ha venido recogiendo los diferentes TSJ, como STSJ Castilla León de 23-9-15 o STSJ Madrid 17-12-10.

En efecto, las STS de 14-7-14 (RCUD 1847/2013) y 15-7-14 (RCUD 1833/2013) que, referidas a casos de despido de trabajadores interinos por vacante, argumentan que los mismos habían pasado a la condición de indefinidos no fijos, dado que el contrato de interinidad por vacante de autos había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 y art. 4.2 b) del RD 2720/1998, la relación contractual había devenido indefinida no fija.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Disposición Transitoria 4ª, 1 del vigente EBEP (RD Legislativo 30-10-15), relativa a la Consolidación de empleo temporal, establece que: "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."

Pues bien, dicha norma constituye un título habilitante para que la Administración pueda convocar plazas que se hallasen vacantes con anterioridad al año 2005, pero de tal norma no se deduce que los contratos de interinidad vinculados a una determinada OPE puedan exceder del plazo máximo legal previsto en el citado art. 70,1 EBEP, tal como alega la parte demandada.

Finalmente, el hecho de que la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso, de fecha 11-11-15, declare nulas una serie de convocatorias públicas para cobertura de plazas vacantes de personal funcional, por haber superado el límite temporal de tres años, en nada afecta al presente procedimiento, dado que en esa sentencia se acuerda anular tales actos administrativos por haber infringido la citada norma, lo cual es cuestión ajena a la extinción de los contratos de interinidad por vacante del personal laboral.

2) En segundo lugar, en cuanto a la extinción del contrato de interinidad, el art. 8 del RD 2720/98 establece que el contrato de interinidad se extinguirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas: "1)-La reincorporación del trabajador sustituido. 2)-El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación. 3)-La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo. 4)-El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas".

A) En concreto, respecto a la interinidad por sustitución: La normativa actualmente vigente está constituida por el RD 2720/1998 que mantiene, respecto a la normativa anterior, como causa de finalización del contrato «la extinción de la causa que dio lugar a la reserva» (art. 8.c).3ª), pero añade que «la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva» (art. 4.2.b).

En este sentido, la STSJ de Madrid de 5-10-16 (R. 246/2014), relativa a un contrato de interinidad que cumple los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor, concluye que la finalización de dicho contrato de trabajo está basada en una razón objetiva y por tanto es conforme a derecho.

B) Respecto a la interinidad por vacante procede distinguir los siguientes supuestos:



a) *Contrato de interinidad en fraude de ley* : si el contrato fue celebrado en fraude de ley, la relación laboral se convierte en indefinida no fija y por tanto sólo puede extinguirse por cobertura reglamentaria. Pero si no es así, la extinción del mismo debe calificarse como despido improcedente. En concreto, la STS de 5-7-16 (R. 84/2015) contempla un supuesto de un contrato de interinidad celebrado para cubrir la plaza de un trabajador en excedencia voluntaria, la cual no implica reserva de plaza. El TS declara que el contrato de interinidad por sustitución se había celebrado en fraude de ley y no cabe reconducirlo a una interinidad por vacante. Por ello, la consecuencia es que la interina había pasado a ser indefinida no fija, por lo que el contrato sólo puede extinguirse cuando se cubra la plaza vacante mediante una OPE. Sin embargo, en este caso la empleadora extinguió el contrato temporal sometido a término antes del vencimiento, y en consecuencia el cese debe considerarse como un despido improcedente.

b) *Cobertura de plaza por el procedimiento reglamentario*, siendo el contrato conforme a derecho, el contrato se extingue por causa legal cuando cesa el interino por cobertura reglamentaria de la vacante. Así la STS 19-5-15 (R.2552/2014) señala que: los contratos de interinidad por vacante de las Administraciones Públicas llegan a su término al cubrirse en propiedad dicha plaza, de forma que "la duración de la interinidad, al ser la empleadora una Administración Pública, coincidirá con todo el tiempo que dure el proceso de cobertura de la plaza" (STS 15-10-07 (R.4297/06).

Por tanto, la extinción sólo se produce -salvo que la plaza se amortice- con la cobertura real de la vacante, y no con el acto formal de la posesión del titular adjudicatario de la vacante objeto de la interinidad, o con la reincorporación -también formal- del titular sustituido, sino que requiere la efectiva incorporación de éste a la plaza, con la consiguiente prestación de servicios, por lo que es indebido el cese para efectuar otro nombramiento bajo la misma modalidad contractual de interinidad; lo contrario sería opuesto a la propia naturaleza de la interinidad y a los principios de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y estabilidad en el empleo. Es decir, que si se produce la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por la trabajadora interina, su cese no es un despido, sino que constituye una extinción del contrato por el cumplimiento del término a que estaba sometido.

Cuestión distinta es que tras el proceso seguido al amparo del mismo, la plaza hubiera quedado desierta, en cuyo caso, la extinción podría constituir un despido improcedente (STS 21-1-13 R. 301/2012).

c) *Cobertura de la plaza por amortización de la vacante*, siendo el contrato conforme a derecho: En este supuesto, la doctrina tradicional de la Sala IV del TS respecto a los contratos de interinidad por vacante y los de los indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas había dicho que se extinguían: no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores (entre otras, STS 8-6-2011, R. 3409/10 ; 22-7-2013, R. 1380/12 ; 23-10-2013, R. 408/03 ; 13-1-2014, R. 430/13 ; y 25-11-2013, R. 771/13).

Sin embargo, a partir de la STS de 24 de junio de 2014 (R. 217/13), seguida ya, entre otras muchas, por las de 7, 8, 14, o 15-7-2014 y 9-3-2015 (R. 2285/13, 2693/13, 2680/13, 2047/13 y 2186/14) y la reciente STS de 7-7-2016 (R. 2536/2014), se ha rectificado aquél criterio. En aquella primera resolución se examinaba el conflicto suscitado en una Universidad Pública que había modificado la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) y había procedido a amortizar 156 puestos de trabajo de personal laboral temporal con contrato de interinidad por vacante sin seguir los trámites del despido colectivo. Entre otras afirmaciones, se decía lo siguiente:

Indudablemente se trata de contratos temporales (artículos 15-1-c) del E.T. y 4 y 8-1-c) del R.D. 2720/1998, de 18 de diciembre) que están sujetos al cumplimiento del término pactado: cobertura reglamentaria de la plaza ocupada interinamente (último párrafo del apartado 2-b) del citado art. 4). Consiguientemente, estamos ante una obligación a plazo, a término, y no ante una obligación sujeta a condición resolutoria explícita o implícita. El plazo puede ser determinado, cuando se sabe no sólo que se producirá necesariamente, sino también cuándo llegará (certus an et certus quando). Pero, igualmente, puede ser indeterminado, cual acaece cuando se sabe que se cumplirá pero no se conoce cuando (certus an et incertus quando).

De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P.).

La amortización de esos puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los puestos de trabajo, aunque lícita y permitida por el art. 74 del E.B.E.P. no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad



celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, a un plazo cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección.

Nos encontramos ante un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro Derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del E.T. y en los procedimientos establecidos al efecto, pues debe recordarse que, conforme a los artículos 7 y 11 del EBEP la legislación laboral es aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas.

Todas esas consideraciones llevaron a abandonar la doctrina anterior y a proclamar que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52-c) ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos.

d) Cobertura de vacante cuando la relación laboral es indefinida no fija: Hay que tener en cuenta que la relación laboral «indefinida no fija» -de creación jurisprudencial- queda sometida a una condición resolutoria (provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura), cuyo cumplimiento extingue el contrato por la mera denuncia del empleador y sin necesidad de acudir al procedimiento contemplado en los arts. 51 y 52 ET; porque -se argumenta- con la comunicación escrita de los hechos constitutivos de la causa así como de la voluntad de actuación extintiva, cualquiera de las causas de extinción introducidas lícitamente en el contrato y actuadas oportunamente debe producir el efecto extintivo, salvo que la Ley o la negociación colectiva hayan sometido expresamente aquella actuación a algún requisito formal (STS 27-5-02, R.2591/01, 2-6-03, R. 3243/02, 26-6-03, R. 4183/02 y 9-3-2015, R. 2186/2014).

No obstante, si la plaza se extingue por amortización, la solución debe ser la misma que para la amortización de la plaza en los contratos de interinidad por vacante, ya que la jurisprudencia viene señalando que si un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta dogmática contractual (el papel que el artículo 49.1.b ET puede desempeñar) cuanto el tenor de las actuales normas (DA 20ª ET; preceptos concordantes del RD 1483/2012) y nuestra más reciente doctrina (STS 24 junio 2014) conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo.

En efecto, la STS 14-7-14 (Rec 1847/13) referida a casos de despido de trabajadores interinos por vacante, argumentan que los mismos habían pasado a la condición de indefinidos no fijos por haber superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta y que, en calidad de tales su despido, en caso de amortización de su plaza, debe seguir los procedimientos, según los casos, de los arts. 51 o 52 y 53 ET. Así, dice la STS de 14/7/2014 citada, confirmando la de suplicación: Y descartada la nulidad por superación de los umbrales del despido colectivo -también pretendida en la demanda-, la Sala declara improcedente el despido por no haberse seguido los trámites del despido objetivo.

3) Abono de la indemnización derivada de la extinción del contrato:

En este caso habría que distinguir también dos supuestos:

A) Extinción de la vacante por amortización de la plaza, que se puede dar a su vez en dos casos distintos:

a) Despido individual: la STS 7-7-16 (R. 2536/2014) y STS 20-4-16 (R. 3258/2014) consideran que el despido debe calificarse improcedente por no seguirse los trámites del objetivo.

b) Despido colectivo: supuestos de las STS 9-3-2015, R. 2186/2014) y 24-6-14: en las que se produce una extinción masiva de contratos de interinidad por amortización de las plazas, supuesto en los que se supera el umbral del despido colectivo sin haber seguido los cauces del procedimiento establecido en el art. 51 ET, por lo que el despido se calificaría como nulo por omisión de tales trámites.

No obstante, para el cómputo de los despidos colectivos, no se incluirán la extinción de los contratos por causa del art. 49,1,c) ET, que incluye, entre otros, al contrato de interinidad que se extinga conforme a derecho.

B) Extinción de la vacante por el procedimiento reglamentario de provisión de plazas: La jurisprudencia venía reconociendo que en estos casos procedía reconocer al trabajador indefinido no fijo, que cesó por cobertura



reglamentaria de la vacante, una indemnización de ocho días por cada año de servicio, actualmente doce días por año, prevista en el artículo 49.1 c) ET (STS 6-10-15, R. 2592/14, STS 31-3-15, R.2156/14, 15-6-15, R. 2924/14). Dicha solución cabe extraerla de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto del Auto de dicho Tribunal de 11 de diciembre de 2.014, sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999.

Sin embargo, la reciente STSJ de Madrid de fecha 5-10-16 contempla un supuesto en el que la trabajadora había celebrado un contrato de interinidad para sustituir a otra persona en situación de liberada sindical. Habiéndose incorporado ésta a su puesto de trabajo, la Sala considera que el cese del interino es ajustado a derecho, conforme a la STS 5-3-14, R.1658/2013 .

No obstante el TSJ planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, al considerar que la normativa interna respecto a la indemnización de los contratos de interinidad, podría vulnerar la Directiva 1999/70 , traspuesta a nuestro Ordenamiento jurídico por la ley 12/2001.

A estos efectos, la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, establece que: "el presente Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro.". Entendiendo la directiva por «trabajador con contrato de duración determinada»: el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado", por lo que han de considerarse incluidos en sus previsiones los contratos de interinidad.

Esta Directiva fue traspuesta a nuestra normativa interna por la Ley 12/2001 de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que modificó dicho precepto relativo a la extinción del contrato de trabajo, dándole la siguiente redacción: "Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.". Si bien, tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se reconoce el derecho del trabajador a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación."

Por tanto, se mantiene la ausencia de indemnización por la finalización del contrato de interinidad, con independencia de cuál sea la duración del mismo, a diferencia de los supuestos de los demás contratos temporales y principalmente de los contratos indefinidos no fijos, habiendo considerado nuestro Tribunal Supremo aplicable a estos contratos la indemnización establecida en el citado precepto.

En concreto, la cláusula 4ª del Acuerdo Marco establece la prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de 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.

Ante el planteamiento de dicha cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la UE dicta sentencia en fecha 14-9-16 (asunto C 564/14) en la que declara que:

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

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización."



En concreto, el citado Tribunal señala que "ni la naturaleza temporal, ni la existencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad, pueden constituir, por sí solas, razones objetivas".

Pues bien, partiendo de dicha sentencia del TJUE, la citada sentencia del TSJ Madrid de 5-10-16 , concluyó que, habiéndose extinguido el contrato de interinidad por sustitución conforme a derecho, el despido debe calificarse como procedente, si bien, la trabajadora tiene derecho a percibir una indemnización de 20 días por año, equivalente a la que percibe un trabajador fijo cuando se extingue su contrato por causas objetivas (art. 53,1,b ET); y teniendo en cuenta que la no puesta a disposición de dicha indemnización por la entidad demandada constituye un error absolutamente excusable, por lo que tal hecho no da lugar ni a la nulidad, ni a la improcedencia del despido.

Finalmente la reciente sentencia del TS de fecha 7-11-16 (RCUD755/15), relativa a la extinción del contrato de un trabajador con relación laboral indefinida no fija (por haberse celebrado el contrato en fraude de ley) y cuya plaza se había cubierto por una OPE, considera que la extinción del contrato es conforme a derecho, es decir que no hay despido alguno, pero que lleva aparejada la indemnización del art. 49,c ET , esto es de doce días por año de antigüedad.

4) Indebida acumulación e inadecuación de procedimiento de la reclamación de cantidad en el pleito de despido:

En cuanto a la posible inadecuación del procedimiento de despido respecto a la cantidad reclamada en concepto de indemnización, hay que señalar que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de noviembre de 2010 , efectúa un estudio de antecedentes representados por las sentencias de 22 de enero de 2007 y 29 de septiembre de 2008 , llegando a la conclusión de que: "cuando el empresario ha reconocido la improcedencia del despido y ha depositado una determinada indemnización con la que el trabajador no está de acuerdo, éste puede cobrar dicha indemnización y reclamar la diferencia y esta reclamación deberá hacerse en un proceso de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida -45 días, 33 días, 20 días por año-, salario, antigüedad; o bien, sujeto o sujetos obligados al pago) pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate exclusivamente de hacer la operación matemática necesaria para aplicar correctamente el artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores , o el que proceda, en cuyo caso el proceso adecuado es el ordinario".

Por tanto, en caso de existir discrepancia sobre la indemnización, sobre la base de desacuerdo en alguno de los presupuestos que son esenciales para su cálculo (naturaleza del propio despido que llevaría 45 o 20 días de salario por año de servicio, norma reguladora del contrato, que podría fijar 33 días, salario aplicable, antigüedad computable etc.) el proceso para discutir dicha indemnización sería el de despido. Por el contrario, si no existe desacuerdo sobre tales presupuestos (y con ello parece limitarse el supuesto a una mera equivocación en el cálculo matemático de la fórmula establecido en el artículo 56.1 a) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o cualquier otro error, el procedimiento adecuado es el ordinario.

En concreto, la STSJ Asturias 14-2-14 señala que: "cuando la diferente cuantía de indemnización tiene su origen en diferente antigüedad de la reconocida por la empresa, ya sea por no reconocer una anterior subrogación, por no tener en cuenta anteriores contratos temporales etc., es cuestión que debe dilucidarse a través del proceso por despido, según la doctrina del Tribunal Supremo que venimos analizando, sin que pueda dejarse para otro posterior sobre cantidad".

Y en este mismo sentido, la STSJ Andalucía 19-12-13 y 4-10-12 : cuando el trabajador no discrepa de la calificación empresarial del despido (improcedencia), sino de sus consecuencias y se limita a reclamar el importe de la indemnización no abonada, el proceso ordinario es el cauce adecuado (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 enero 2007 y 30 noviembre 2010). Indica la referida doctrina que aunque ciertamente es la acción por despido la que ha de ejercitarse para impugnar cualquier decisión empresarial que provoque la extinción del contrato de trabajo, la configuración y finalidad de aquélla la separa nítidamente de la acción por reclamación de cantidad. Mediante la acción por despido se combate la decisión unilateral del empresario de dar por terminada la relación contractual de trabajo, por razones de fondo o de forma, teniendo el petitum de la demanda un contenido complejo (opción entre readmisión al puesto de trabajo e indemnización por despido); en cambio, en la acción que reclama el importe de la indemnización el contenido de la reclamación se limita al montante de la indemnización de fin de contrato y la causa petendi, esto es, el fundamento de la pretensión, en su doble componente fáctico y jurídico, es la falta total o parcial de abono de la indemnización debatida con arreglo a dichas normas. En definitiva, el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración de nulidad o improcedencia del mismo, por lo que si la empresa ha reconocido expresamente la improcedencia y el trabajador está de acuerdo con dicha calificación del despido no se plantea realmente conflicto alguno relativo a este núcleo esencial del juicio de despido, por lo que no sería adecuado exigir al trabajador entablar una acción por despido con la única finalidad de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales



están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese está bien calificado por la empresa no tiene por qué ejercitar una acción de despido, y la falta de ejercicio de esta acción tampoco puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas para esos ceses ilícitos."

Finalmente, la STSJ Baleares 19-12-13 reconoce que: "la antigüedad que se expresa a dichos efectos, está expresamente reconocida por la empresa demandada, y que evidentemente no se tuvo en cuenta, intencionadamente o no en el cálculo de la indemnización, lo que supuso un error en el cálculo de la indemnización por despido improcedente, por lo que de acuerdo con la expresada doctrina jurisprudencial, las diferencias habidas pueden ser reclamadas en proceso ordinario, no siendo necesario hacerlo en proceso por despido, puesto que, en el presente caso, no se puede cuestionar los elementos esenciales para de su determinación, como es la antigüedad y salario".

Por tanto, en el supuesto de que no exista acción de despido, por estimarse que el contrato se ha extinguido conforme a derecho, no procederá acumular la indemnización derivada de la extinción del contrato, dado que la acción principal se desestima y además no se discuten los parámetros que regulan la relación laboral, sino sólo la cuantía indemnizatoria; siendo por tanto adecuado el procedimiento ordinario de cantidad para reclamar dicha cuantía.»

Y luego en el fundamento de derecho tercero concreta la razón desestimatoria de la siguiente forma:

«TERCERO.- En el caso presente la parte actora solicita las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad por no haber seguido los trámites del colectivo.

Que se declare la improcedencia del despido por tratarse de un despido objetivo y no haberse seguido los trámites del art. 51 ET , con abono de una indemnización de 45/ 33 días por año de antigüedad; y además teniendo en cuenta que se supera el plazo de 3 años del art. 70 EBEP

Subsidiariamente, que se condene a una indemnización de 20 días por año de antigüedad derivada de la extinción del contrato.

En cuanto a la primera pretensión de la parte actora, tratándose de un contrato de interinidad por vacante que reúne los requisitos legalmente establecidos, y habiéndose extinguido el mismo por la cobertura reglamentaria de la plaza (y no por amortización), procede concluir que la extinción del contrato es conforme a derecho, no pudiéndose por tanto declarar ni la nulidad del despido, ni su improcedencia.

No obstante, respecto a las plazas que ocupaban Bernarda y Macarena , alega la parte actora que se hallan vacantes actualmente. Sin embargo, consta probado que dichas plazas fueron cubiertas por un titular, que tomó efectivamente posesión, si bien inició posteriormente un periodo de excedencia por incompatibilidad desde el 1-10-16. Por tanto, sí fueron cubiertas las mismas por el procedimiento reglamentario, y la extinción del contrato de interinidad fue conforme a derecho; aun cuando actualmente puedan estar cubiertas por otro contrato de interinidad por sustitución.

En todo caso, consta que Macarena actualmente sigue prestando servicios para la entidad demandada mediante un nuevo contrato de interinidad por vacante, por lo que el vínculo contractual no se ha extinguido con dicha demandante.

Por otra parte, aun cuando la relación laboral se calificara como indefinida no fija, por haber superado el límite legal de 3 años del art. 70,2 EBEP para la convocatoria de la OPE correspondiente, lo cierto es que la vacante a la que se hallan adscrita las actoras se ha cubierto por el procedimiento reglamentario, por lo que la extinción del contrato es también conforme a derecho.

En consecuencia, al no declararse la improcedencia del despido por no existir acto de despido alguno, sino extinción del contrato por causa legal, no procede condenar a la entidad demandada a abonar la indemnización de 45/33 días prevista en el art. 56 ET , tal como pretende la parte actora en su demanda.

En cuanto a la pretensión subsidiaria del abono de la indemnización reconocida en la sentencia del TJE de 14-9-16 de 20 días por año de antigüedad, tampoco procede, dado que se ha desestimado la acción principal de despido, al no existir acto de despido alguno; motivo por el que procede desestimar totalmente la demanda de despido interpuesta.

En efecto, dado que en el caso presente se ha declarado que la extinción del contrato es conforme a derecho, no procede acumular las diferencias de indemnización derivadas de la extinción del contrato, ya que el procedimiento adecuado para reclamarlas es el ordinario de cantidad, debiendo por tanto desestimar totalmente la demanda interpuesta, y sin perjuicio de que se reclame la cantidad, en su caso, por el procedimiento que corresponda.»



SEGUNDO: Los motivos cuarto, quinto y sexto responden al mismo planteamiento: pretenden desvincular la extinción del contrato de interinaje de la reincorporación del titular, lo que carece de sentido y es que el transcurso del plazo de tres años, si bien obliga a reputar indefinido no fijo al contrato, no cambia la obligación de la entidad pública a cubrir de forma coherente con el principio de mérito y capacidad la plaza ocupada por el interino, pues entender lo contrario sería precisamente negar la técnica de restauración de la legalidad constitucional que demanda la ocupación reglamentaria que el interino, pasado el plazo máximo legal, ocupa irregularmente. En este sentido la sentencia es correcta y los motivos referidos impropresables. Las plazas se han cubierto reglamentariamente y los contratos se han extinguido conforme a derecho, salvo, como resalta la sentencia, el de la actora Sagrario que continua prestando servicios con un nuevo contrato de interinidad.

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

«ÚNICO: Frente a la sentencia de instancia se alza en suplicación la actora articulando un motivo único en el que por el 193 c) de la L.R.J.S. denuncia la infracción de los artículos 8 y 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 4 del Real Decreto 2720/98, razonando que en el contrato de interinaje pactado no se concretó la causa de sustitución y por ello el contrato es nulo y la actora era fija a la fecha de la extinción, existiendo un despido que debe reputarse como improcedente. El motivo carece de base como se desprende del incombato relato fáctico, no existiendo duda alguna respecto al objeto de la sustitución (hecho probado segundo). Ahora bien como el supuesto es similar al que resolvió nuestra Sentencia nº 613/2016 de 05/10/16 como consecuencia de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14/09/2015 de hecho este procedimiento se suspendió a la espera de tal respuesta europea, se ha dado audiencia a las partes "para que aleguen sobre la posible aplicación al litigio de la sentencia del TJUE (Sala décima) de 14/09/2015" solicitando la actora como petición subsidiaria a la principal que deriva del motivo ya rechazado que "se conceda el derecho a percibir la indemnización de 20 días por año trabajado como consecuencia de la finalización de la prestación de servicios" y alegando la demandada con cita de la Sentencia 1798/2016, de 16 de noviembre de 2016, del TSJA, Sala de lo Social, Recurso nº 1539/16, que, como las Directivas de la Unión Europea no tienen efecto directo horizontal entre particulares excepto en los casos que desarrollen normas discriminatorias (que no incluye en sentido propio el tratamiento diferente entre trabajadores fijos y temporales) y no cabe una interpretación conforme del artículo 19.1.c) del Estatuto de los Trabajadores dados los términos del mismo, debe ser el Estado y no la empresa la que pague la indemnización por "incorrecta transposición de la Directiva 1999/1970". Se trata de una sentencia referida a un contrato temporal distinto al de interinaje, con una regulación legal totalmente diversa y por ello, y en principio, ajena al ámbito de la Sentencia del TJUE referida. La doctrina que fijamos en la sentencia anterior la fija el fundamento de derecho tercero en los siguientes términos:

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

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



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

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

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

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

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

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

La STS 08/06/16 (Recurso 207/150) desarrolla la doctrina de la STS /03/15 (Recurso 2057/14) sobre la eficacia directa de las directivas comunitarias solo al Estado miembro que elige la forma y medios de esta aplicación reconociendo no obstante la eficacia directa reaccional cuando se trate de prescripciones suficientemente



precisas y no se haya procedido a su transposición. Se indica en la sentencia que la eficacia directa entre particulares procede desde luego en el marco de un derecho fundamental como el de no discriminación y ello al margen de la doctrina de la interpretación conforme que aborda con flexibilidad la STS de 17/10/16 (Recurso 36/16) siguiendo una interpretación enfocada a la finalidad prevista en la directiva, lo que en el supuesto litigioso es posible si atendemos a la necesidad de completar la lacónica previsión del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores que excluye, sólo respecto a los interinos, la indemnización por doce días de salario por año referida a los demás temporales, pero que no empece a la aplicación complementaria de la aplicación de la doctrina del TJUE que cubre un caso diverso, no contemplado en el Estatuto de los Trabajadores y que dimana del pronunciamiento de la Sentencia de 14/09/2015 del TJUE (Sala décima) que ha dicho:

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

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización."

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

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

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

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

Primera.-Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2015, 1695 y 1838) (EBEP (RCL 2015, 1695 y 1838)), aprobado por (RDL 5/2015, de 30 de octubre (RCL 2015, 1695)), cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

Segunda.-Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría,



igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Tercera.-Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

Cuarta.-Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato.»

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

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

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

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

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

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

"(SEGUNDO).- El primero de ellos mantiene que la decisión de instancia no es acorde a la regulación del art. 70 L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante "EBEP"), en relación con la disposición final cuarta de la misma Ley, toda vez que este último precepto acordó que la entrada en vigor del EBEP se produjese el mes siguiente a su publicación (hecho que tuvo lugar en el BOE de 13 de mayo de 2007), de modo que las previsiones de su art. 70 no podían aplicarse retroactivamente a un contrato suscrito el 2 de julio de 2003, años antes de dicha entrada en vigor, y que entenderlo de otro modo supondría dar una retroactividad a la ley de referencia contraria a lo establecido en el art. 2.3 Código Civil. En consecuencia, en la fecha de suscripción del indicado contrato se aplicaba el art. 18 L 30/84, que no imponía ningún plazo determinado para convocatoria de plazas de cobertura pública. Es más el recurso sostiene que, en el supuesto de considerar aplicable el art. 70 EBEP, ello implicaría que a partir de la entrada en vigor de esta disposición existiría el deber de proceder a la convocatoria para cobertura de la plaza ocupada por la actora, lo cual se cumplió gracias a la citada Orden



de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de 3 de abril de 2.009. En suma, el repetido art. 70 EBEP no permite entender en este caso que estemos ante una relación de carácter indefinido, apoyando esta afirmación con la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 .

En respuesta a estas alegaciones el escrito de impugnación de recurso se limita a decir que el contrato de la Sra. (...) era indefinido de conformidad con el art. 70 L 7/2007.

Así pues, pasamos a examinar si el hecho de que el contrato de interinidad de referencia durase más de 3 años conlleva su conversión en indefinido por aplicación del art. 70 EBEP .

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

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

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

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

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

Artículo 70.1 "Oferta de empleo público.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

"Undécima. Ordenación y mejora del empleo (consolidación)

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

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

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

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

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

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

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

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

(SEXTO).- Hay otras razones adicionales para concluir que en este caso ese plazo de tres años del art. 70 del EBEP no podía ser exigible.

Al respecto hemos de destacar que la decisión de instancia toma como referencia para el inicio del cómputo del mismo el momento en que se suscribió el contrato de la actora. Pero esta decisión pasa por alto que esta ley entró en vigor en mayo de 2007, por lo que no puede pretenderse que un mandato legal que por primera vez establece como exigible en la fecha que acabamos de indicar un plazo de ejecución de tres años para determinada actividad se aplique a un contrato que se suscribió el 2 de julio de 2.003, porque ello implicaría establecer una obligación cuando el plazo de ejecución de la misma ya había transcurrido, lo cual no cabe en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1116 Código Civil y nulidad de las obligaciones imposibles que en él se impone).

Ciertamente, la disposición final cuarta del EBEP sólo fijó una fecha determinada de entrada en vigor de sus reglas para los preceptos incluidos en los capítulos II y III del título III (arts. 16 a 20 y 21 a 30, respectivamente, excepto el art. 25.2) y para el capítulo III del título V (arts. 78 a 84), de manera que el resto de su articulado quedó sujeto a las reglas generales del art. 2.1 Código Civil ("Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su



completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa»), por lo que, producida la publicación del EBEP en el BOE de 13 de abril de 2007, entró en vigor a los 20 días, rebasado con creces el plazo de 3 años desde la vigencia del contrato de la actora.

No podemos admitir que el EBEP tenga efecto retroactivo, ni siquiera en grado mínimo, que permita su aplicación a efectos futuros desde su entrada en vigor, aunque estos efectos provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad. El hecho de que sea precisamente una disposición transitoria de esa ley la que establece el indicado sistema de consolidación de empleo para cobertura de puestos o plazas de carácter estructural que se encontrasen desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005 sin ajustarlo al sistema de su art. 70 es claramente revelador de la voluntad del legislador de que este precepto que se acaba de citar quede excluido de la regulación de dicho sistema especial. De no ser así, dicha disposición transitoria cuarta sería manifiestamente contradictoria.

Por todo lo dicho concluimos que el hecho de que el contrato de la actora haya durado más de 3 años no determina su calificación como indefinido.

Se estima el primer motivo de recurso.»»

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



que estar a los concretos que las propias demandas refieren, todos relativos a interinidad por vacante. Ello supone computar la antigüedad para Raquel desde 03/05/2012 a 30/09/2016, Felicísima desde 11/03/2011 a 30/09/2016, Adelina desde 01/11/2007 a 30/09/2016, Genoveva desde 01/11/2007 a 30/09/2016, Angustia desde 13/09/2007 a 30/09/2016 y Bernarda desde 01/07/1999 a 30/09/2016, pues, como se dice, no consta ni se explica la vinculación de los diversos contratos temporales anteriores de distinto objeto y con interrupción temporal. Esto supone las siguientes antigüedades y salarios:

D^a Raquel

D^a Felicísima

D^a Adelina

D^a Genoveva

D^a Angustia

D^a Bernarda

4 años y 5 meses

5 años y 7 meses

8 años y 11 meses

8 años y 11 meses

9 años y 1 mes

17 años y 3 meses

1.441,21 ?

697,85 ?

1694,97 ?

1650,86 ?

1469,20 ?

1783,19 ?

y las indemnizaciones que se indican en el fallo.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso, revocamos la sentencia en el único sentido de condenar a la demandada al pago de las siguientes indemnizaciones por extinción contractual:

D^a Raquel

D^a Felicísima

D^a Adelina

D^a Genoveva

D^a Angustia

D^a Bernarda

(4,416 años)

(5,583 años)

(8,916 años)

(8,916 años)

(9,083 años)

(17,25 años)

4.185 ?



2.562 ?

9.937 ?

9.678 ?

8.775 ?

20.226 ?

Sin costas.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0236-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0236-17.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 28/11/2017 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.