



Roj: **STSJ M 6881/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:6881**

Id Cendoj: **28079340032018100415**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **21/06/2018**

Nº de Recurso: **879/2017**

Nº de Resolución: **450/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0046272

Procedimiento Recurso de Suplicación 879/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid Despidos / Ceses en general 1047/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 450/2018-C

Ilmos. Sres

D. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

Dª VIRGINIA GARCIA ALARCON

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid a veintiuno de junio de dos mil dieciocho 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 879/2017, formalizado por el/la LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA en nombre y representación de AGENCIA PARA LA REEDUCACION Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR, contra la sentencia de fecha 23/05/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1047/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Abelardo frente a AGENCIA PARA LA REEDUCACION Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ 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:

"PRIMERO .- *El actor ostentaba una antigüedad en la empresa desde el 16 de abril de 2004 y categoría profesional de Auxiliar de Hostelería y percibía un salario mensual de 1.686,50 € con prorata de pagas extras. En Centro el Madroño dependiente de la Administración a la que se reclama. Trabajando por cuenta y orden de la empresa citada.*

SEGUNDO .- *El actor no ostentaba cargo sindical ni representativo de los trabajadores ni lo ha ostentado.*

TERCERO .- *Fue cesado con efectos 30/09/2016 mediante comunicación escrita que obra en autos y se da por reproducida.*

CUARTO .- *El puesto que desempeñaba el actor era 49121 CEMJ MADROÑO.*

QUINTO .- *Por Orden de 03/04/2009 de la Consejería de Presidencia Justicia e Interior se convocó proceso extraordinario de Consolidación de Empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de de Auxiliar de Hostelería.*

SEXTO .- *El 27/07/2016 fueron adjudicados los destinos y le fue adjudicado el 49121 a D^a Manuela que firmó contrato indefinido con efectos 01/10/2016.*

SÉPTIMO .- *La actora desde el 01/11/2016 presta servicios para la Agencia Tributaria Madrileña de Atención Social."*

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

"Que con estimación parcial de la demanda presentada por D./Dña. Abelardo , que comparece asistido de la letrado Dña. María Luz Lagunas Medina y otra como demandado AGENCIA PARA LA REEDUCACION Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR debo declarar y declaro que no ha existido despido sino finalización de relación laboral de carácter temporal y debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la actora en concepto de indemnización 13.862,50 €."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte AGENCIA PARA LA REEDUCACION Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR, 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 27/10/2017, 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 12 de junio de 2018 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: La sentencia de instancia justifica su pronunciamiento en el FD 3º que dice: << **TERCERO** .- La Orden de 18/02/2016 de la CONSEJERIA DE ECONOMÍA, EMPLEO Y HACIENDA establece en su art. 3.6 último párrafo que se producirá la finalización de la relación de servicios del personal laboral interino de vacante cuando se produzca a la adjudicación del puesto al personal laboral que haya superado el proceso selectivo correspondiente, o haya sido declarada desierta la plaza a cubrir en virtud de dicho proceso atendiendo en este último caso a lo que establezca el contrato suscrito, sin perjuicio de otras causas legales o convencionales que sean de aplicación.

Lo anterior supone que se haya de declarar que no ha existido despido, sino una finalización de contrato regulada en el art. 15 del ET . Como se contiene en sentencia del Tribunal Supremo, de 21/01/2013 , el contrato por interinidad para cubrir una plaza pendiente de cobertura reglamentaria se configura como una relación jurídico laboral que en su momento fue configurada como sujeta a condición resolutoria y que en la actualidad, se perfila



más bien como un contrato laboral a término, el que cumple precisamente 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 obertura de la plaza. La extinción solo se produce con cobertura real de la vacante, requiriéndose la efectiva incorporación del titular a la plaza con la consiguiente prestación de servicios. Lo anterior conlleva declarar que no ha existido despido y, por tanto, no es de aplicación el art. 53 ET sino una finalización de una relación laboral temporal. Lo anterior supone que no queda estimar la petición de la parte actora en cuanto a que se le indemnice con 45 días por año de trabajo.

Por otra parte, se solicita subsidiariamente la indemnización establecida por el Tribunal de Justicia Europeo. Pues bien, es de aplicación el contenido de reciente sentencia de 28/03/2017, del Tribunal Supremo, Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que contiene:

"En la STS/4a/Pleno de 24 junio 2014 (rcud. 217/2013) nos pronunciábamos en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS/4a de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012) y las anteriores que en ella se citan, se afirma que, tras la entrada en vigor de la Disp. Ad. 20a ET, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET, de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa..."

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

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

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

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

Dado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público".

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

Primera. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en



fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

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

Tercera. Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál 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".

Expuesto todo lo anterior se ha de declarar que no ha habido despido sino finalización de relación laboral temporal con derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio.>>

SEGUNDO: Recurre la demandada por el 193 c) de la LRJS alegando la infracción del art. 70 del EBEP Ley 7/2007 en relación con los artículos 7 y 83 del mismo y DT 4^a y DT 11^o del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid -motivo 1^o- mismo art 70 y DF 4^a del EBEP -motivo 2^o- y art. 49.1 c) del ET en relación con el 49.1 b) del ET y cláusula 4^a de la Directiva 1999/70 CE.

El recurso se desestima por haberse ya pronunciado este Tribunal de modo reiterado en casos similares.

Así y "ad exemplum" hemos dicho en la sentencia de 8/06/2018 lo siguiente:<< *Ha existido, pues, un cese conforme a derecho al extinguirse la causa contractual por la cobertura reglamentaria de la plaza y existe un derecho indemnizatorio en cuanto la relación contractual es de indefinición no fija, conforme a la jurisprudencia.*

Al efecto las cuestiones relacionadas con la aplicación de la sentencia del TJUE asunto C-596-14 son irrelevantes en cuanto la indemnización de 20 días de salario por año de servicio - que es la prevista para la extinción por causa objetiva para los contratos fijos- es de todas formas procedente.

Este Tribunal ha venido entendiendo que la sentencia referida del TJUE se aplica al supuesto específico en él contemplado que es el que describimos en nuestra sentencia nº 181/2017 de 15/03/2017 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 .->>

De hecho tuvimos ocasión de excluir otros supuestos de temporalidad manifestando "ad exemplum" en nuestra sentencia nº 393/2017 de 9/06/2017 de esta Sección que: <<Basta, como se vera, a nuestro criterio atender a los propios parámetros de nuestra legislación que, en materia de contrato de obra o servicio, no nos parece que infrinja normativa europea alguna ya que el "tempus" contractual aparece taxativamente acotado en la ley -no apareciendo desproporcionado un periodo de tres años- y se establece incluso un a indemnización para tal periodo, lo que entra dentro del ámbito de soberanía legislativa de cada Estado que la propia dinámica de armonización de la diversidad normativa europea presupone. El principio de igualdad de trato entre los trabajadores con contratos temporales y los fijos lo establece específicamente el apartado 6 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores . Y por lo que aquí interesa la igualdad indemnizatoria es una exigencia legal una vez que el contrato para obra o servicio determinado superan la duración de tres años (artículo 15.1 a) Estatuto de los Trabajadores) o, en caso de sucesión contractual, que la prestación laboral exceda de veinticuatro meses en un periodo de treinta (artículo 15.5 Estatuto de los Trabajadores). En el presente casa INDRA procedió a extinguir de modo simultáneo y en base a la pérdida de la contrata los contratos de los trabajadores que prestaban servicios en la misma. No se cuestiona la procedencia formal de utilizar el cauce del ERE respecto a los fijos y la comunicación individual en los temporales. Y la justificación de la diversidad del procedimiento extintivo parece evidente en cuanto respecto a los trabajadores fijos la causa extintiva es "sobrevenida", o sea, no contemplada en su contrato, mientras que en los temporales estaba preestablecida en el propio contrato. Y por ello la causa en el primer casa no la colma la pérdida de la contrata sino que hay que adicionarle la imposibilidad de recolocar al trabajador en otro centro de la empresa mientras que este derecho a la recolocación u ocupación de otras vacantes no existía en el supuesto de los temporales. Pero ello puede justificar un tratamiento contractual diverso, pero sólo en el preciso ámbito del pacto, no cuando la ley entiende que tal pacto de temporalidad pierde su justificación. >>

Por otra parte respecto a la cuantía de la indemnización que, como resalta la sentencia de instancia citando la STS 4º Pleno de 24/06/2014 se había fijado en 12 días de salario por año, este Tribunal en sentencia de 11/02/2015 había discrepado de tal módulo cuantitativo razonando: << Ahora bien nuestra normativa nacional en materia de indemnización en este ámbito ha sido objeto de cuestionamiento por la jurisprudencia comunitaria respecto a su adecuación al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de 18/03/99 que figura en el anexo a la Directiva 1999/70 CE del Consejo de 28 de junio de 1999, habiendo declarado el Auto del Tribunal de Justicia Comunitario de fecha 11/12/2014: "Las cláusulas 2 y 3, apartado I del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado 31 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador como la demandante en el litigio principal está incluido en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de estas cláusulas.

2) El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado I, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos.

3) Incumbe al juzgado remitente apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, que naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante en el litigio principal para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

También incumbe al juzgado remitente, en su caso, dar a las disipaciones pertinentes del Derecho interno, en toda la medida de lo posible, una interpretación conforme con el Derecho de la Unión."

Al respecto y partiendo de la cláusula del Acuerdo marco y la interpretación que el TJUE ha dado en su sentencia de 12-12-2013 , respecto a la prohibición de un trato menos favorable a los trabajadores con contrato de duración determinada, respecto a los trabajadores fijos. (Para considerar discriminatoria la indemnización por extinción contractual exige no obstante el acreditamiento de una situación comparable que no se produce, en principio,



entre la irregular por anticipada extinción del contrato temporal y la del contrato fijo) entendemos que en este supuesto específico del contrato indefinido no fijo, si existe la situación comparable y por tanto, la exigencia de identidad indemnizatoria - porque la causa objetiva que se activa no está preestablecida -pactada- como en el servicio u obra determinado, sino que es sobrevenida - como la causa económica, productiva u organizativa- en que exige una voluntad extintiva empresarial causalizada " ex novo" y no "ad initio" o sea no establecida por los contratantes como definitoria de la pervivencia del vínculo (y, por tanto, con afectación automática bilateral al margen de la voluntad de las partes, que solo la pueden soslayar con un pacto innovatorio,) sino prevista como eventualidad legal, necesitada pues de la opción volitiva unilateral del empresario.

Y vista la jurisprudencia nacional no parece una medida jurídica coherente con el abuso o el fraude en la contratación temporal, que es presupuesto de la calificación de un contrato como indefinido no fijo, el fijar la indemnización por extinción en la cuantía que corresponde a un contrato temporal lícito. Indemnizar igual la lícita contratación temporal, que la contratación temporal abusiva o fraudulenta efectuada por las administraciones públicas supone desconocer el sentido de la Directiva europea, en los términos fijados por la jurisprudencia comunitaria, que ya hemos referido, privándola de su efecto útil, como instrumento jurídico disuasorio del abuso patronal.

La indemnización por ello - usando la técnica de la analogía que establece el art. 4.1 del Código Civil - ha de fijarse teniendo en cuenta la prevista para la extinción por causa objetiva procedente en los contratos de duración indefinida (art. 53 b del ET) y no la de la extinción de los contratos de duración definida por una obra o servicio concreto (art. 49 c del ET) pues estamos precisamente ante una relación indefinida (aunque no fija).>>

Y este criterio fue confirmado por el TS a partir de la sentencia 257/2017 de 28 de marzo .

Y debemos destacar que recientemente el propio TJUE en su reciente sentencia en el caso "**Montero Mateos**" coincide plenamente con éstos criterios, pues partiendo de la justificación de diferencias indemnizatorias por extinción de contrato entre fijos y temporales y, por tanto, la compatibilidad general entre nuestra legislación y la Directiva Europea existente, delimita la justificación dialéctica en la valoración de la previsibilidad/no previsibilidad de la duración del contrato conforme a lo establecido en el pacto contractual inicial, de modo que el juez nacional le incumbe examinar -hay que entender al margen del contenido literal del precepto nacional incompatible con esa duda- << si habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como fijo >> previsión a la que se acomoda perfectamente tanto lo resuelto en nuestra sentencia en el caso Diego Porras cuando lo establecido por el TS respecto a los supuestos de trabajador indefinido no fijo e incluso lo que venimos resolviendo sobre los interinos por vacante, cuando la relación rompe por su duración la previsión legal improrrogable de 3 años que fija el art. 70 del EBEP .

Y respecto al plazo de 3 años del art. 70 del EBEP dijimos en nuestra sentencia de 12/02/2017 : << El artículo 70 del EBEP , cuya redacción se mantiene por Real Decreto- Legislativo 5/2015, de 30 de octubre tal y como fue aprobado por la Ley 7/2007, siendo su texto el siguiente:

"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.

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

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos."

Artículo al que el Tribunal Supremo hace referencia expresa reconociendo reiteradamente su eficacia, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia de 9-3-2017 , nº 201/2017, rec. 2636/2015, que al examinar la amortización de un puesto de trabajo ocupado por un trabajador indefinido no fijo, señala lo siguiente:

(...) Por ello, -- como también ya se ha pronunciado esta Sala en temas similares al ahora enjuiciado, entre otras, en SSTS/IV 7-julio-2014 (rcud 2285/2013), 14-julio-2014 (rcud 2052/2013), 14-julio-2014 (rcud 1807/2013), 14-julio-2014 (rcud 2680/2013), 15-julio-2014 (rcud 2057/2013) --, tanto en los supuestos de nuda interinidad por vacante, como en los de su transformación en indefinido no fijo por el transcurso del plazo máximo (arts. 70.1 EBEP y art. 4.2 b) del RD 2720/1998): a) La amortización de la plaza desempeñada por modificación de la RPT no está legalmente prevista como causa extintiva de estos contratos, porque no está sujetos a condición resolutoria,



sino a término; y b) Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET (cauce ya previsto por la DA vigésima ET)".

Se da pues por sentado por el Tribunal Supremo reiteradamente que tras la entrada en vigor de dicho precepto, el transcurso del plazo máximo que fija determina la transformación del contrato de interinidad en indefinido no fijo, superando la anterior doctrina que, se ha reiterado en distintas resoluciones, siempre refiriéndose a resoluciones anteriores a la promulgación del EBEP que decían así:

"No desconoce la Sala que la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual. Pero, aparte de que el carácter temporal del vínculo no resulta modificado por la «falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada» (STS 20/03/96 -rcud 2564/95 -), «la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección» (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97 -rcud 3660/96 -; y 09/06/97 -rcud 4196/96 -). Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06 -rec. 2335/05 -; y 29/06/07 -rcud 3444/05 -).».

y que ha de considerarse inaplicable al existir en el EBEP una norma que precisamente pretende evitar comportamientos abusivos o fraudulentos en la contratación interina, estableciendo de forma clara y concreta un plazo máximo e improrrogable de tres años para la cobertura de las vacantes, porque es precisamente el mantenimiento de interinos ocupándolas durante años y años lo que perjudica a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección, al que no pueden tener acceso si las plazas no se sacan a oferta pública de empleo, continuando siendo desempeñadas por personas que generalmente no han accedido a ellas conforme a los principios de mérito y capacidad que establece el artículo 103 de la Constitución , por lo que el motivo del perjuicio a los aspirantes que se esgrimía en la antigua doctrina del Tribunal Supremo, no solo deviene ineficaz, sino que, además, se contradice con su propia doctrina respecto del personal indefinido no fijo que en todo caso ha de cesar cuando la vacante se cubre según lo dispuesto en el citado precepto constitucional.

El mandato que contiene el citado artículo 70 del EBEP no queda limitado por lo que establece el artículo 83 del mismo, que determina que La provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan 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., refiriéndose a la concreción de las normas que han de regir la provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral, pero obviamente dentro del plazo que fija dicho artículo 70, que no se desvirtúa, porque una cosa es el procedimiento a seguir y otra el plazo dentro del cual ha de llevarse a efecto. Lo mismo ha de predicarse del contenido de la Disposición transitoria cuarta del EBEP que se 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, lo cual en absoluto deja sin efecto el reiterado plazo, sino que precisamente incide en la misma línea de impedir el mantenimiento abusivo de contratos temporales obviando la cobertura de las vacantes por los cauces legalmente establecidos.

Es lo cierto que esta Sala de lo Social se ha pronunciado en distintas Sentencias, como la de fecha 8 de mayo de 2017, Rec 87/2017 , que se reitera en la de la sec. 2ª, de 20-9-2017 , nº 867/2017 , rec. 713/2017 , considerando que no era de aplicación el artículo 70 del EBEP , no obstante lo cual hemos de resaltar que se fundamentan en la aludida antigua doctrina del Tribunal Supremo que entendemos obsoleta, sin tener en cuenta que el propio alto Tribunal ha reconocido reiteradamente que conforme a dicho precepto la relación de interinidad que haya superado el periodo de tres años devine indefinida no fija, sin que además se pueda conculcar la disposición legal por normas convencionales, en contra del principio de jerarquía normativa garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución , tal y como se reconoce en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores , sin que haya justificación alguna para estimar que por haberse seguido el proceso fijado en la Disposición Transitoria 11ª del Convenio Colectivo para el personal laboral de la CAM, no haya de regir el plazo de tres años, porque éste es de aplicación general a toda la administración pública y no puede derogarse por disposiciones de rango inferior, ni, menos aún, entenderse inaplicable porque no se haga mención a tal plazo.

Así pues efectivamente el contrato de la actora devino indefinido no fijo por datar el último del año 2010, habiéndose prolongado durante seis años, debiéndose confirmar este pronunciamiento del juzgador a quo, pero hemos de tener en cuenta que, tal y como consta acreditado, la vacante que ocupaba la trabajadora ha sido



adjudicada a una persona seleccionada a través de la oferta pública de empleo y, consecuentemente la actora ha de cesar por tal causa, sin que la misma sea equiparable a la amortización de la plaza a la que se refiere la doctrina del Tribunal Supremo que indebidamente aplica dicho magistrado, no siendo aquí necesario seguir los trámites establecidos legalmente para un despido por causas objetivas, porque en este caso lo que se ha llegado es el vencimiento del plazo ínsito en la relación laboral indefinida no fija, sujeta a término, que se extingue con la cobertura de la vacante conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad.>>

Procede, por ello, desestimar el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el/la LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA en nombre y representación de AGENCIA PARA LA REEDUCACION Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR, contra la sentencia de fecha 23/05/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 32 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1047/2016, seguidos a instancia de D./ Dña. Abelardo frente a AGENCIA PARA LA REEDUCACION Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Se condena en costas a la parte recurrente, entre las que se incluyen los honorarios del Letrado de la parte que impugnó el recurso, en cuantía de 400 Euros.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal una vez haya adquirido firmeza la presente resolución.

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 2828-0000-00-0879-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez 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 2828-0000-00-0879-17.

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

por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.