



Roj: **STSJ M 7304/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:7304**

Id Cendoj: **28079340012018100569**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **152/2018**

Nº de Resolución: **636/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 7304/2018,**
STS 528/2021

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

NIG : 28.079.00.4-2017/0018106

Recurso número: 152/18

Sentencia número: 636/18

CE.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a VEINTINUEVE DE JUNIO DE DOS MIL DIECIOCHO, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los recurso de suplicación número 152/18, formalizados por el Sr/a. Letrado/a D^a. M^a TERESA DÍAZ VELLÓN en nombre y representación de Doña Florencia y por el LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID en nombre y representación de la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de MADRID , en sus autos número 440/2017, seguidos a instancia de Doña Florencia frente a la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS



SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID sobre CANTIDAD, siendo Magistrado- Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, 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 probados:

PRIMERO.- Doña Florencia ha prestado servicios para la Consejería de Políticas Sociales y Familia desde el día 8 de noviembre de 2007 en la residencia de Colmenar Viejo ostentando la categoría profesional de auxiliar de enfermería, y una retribución mensual de 1.733,56 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- La relación laboral entre las partes se inició en fecha de 7 de noviembre de 2007 tras la suscripción de un contrato de interinidad para cobertura de vacante fijo discontinuo vinculada a oferta de empleo público a tiempo parcial. En dicho contrato consta en su cláusula primera "El trabajador contratado ocupará provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los arts. 13.2 y 3 del Convenio Colectivo la vacante nº NUM000 de la categoría profesional AUXILIAR DE ENFERMERÍA, vinculado a la oferta de empleo público correspondiente al año 2003 (folio 60 de las actuaciones)

TERCERO.- En fecha de 19 de septiembre de 2016 la Comunidad de Madrid comunicó a la actora la extinción de su contrato de trabajo a fecha de 30 de septiembre de 2016 como consecuencia del proceso de consolidación de empleo.

CUARTO.- Por Orden de 3 de abril de 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 la categoría profesional de Auxiliar de Hostelería (Grupo V, Nivel 1, Área C), correspondientes a las Ofertas de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para los años 1998-2004, aprobadas por los siguiente Decretos:

- Decreto 70/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 1998.

- Decreto 65/1999, de 13 de mayo y 97/1999, de 24 de junio, por los que se aprueban, respectivamente, la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 1999 y una Oferta de Empleo Público Adicional de la Comunidad de Madrid para el año 1999.

- Decreto 53/2000, de 30 de marzo, y 185/2000, de 31 de julio, por los que se aprueban, respectivamente, la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2000 y una Oferta de Empleo Público Adicional de la Comunidad de Madrid para el año 2000.

- Decreto 51/2001, de 26 de abril, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2001.

- Decreto 44/2002, de 14 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2002.

- Decreto 15/2003, de 13 de febrero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2003.

- Decreto 140/2004, de 14 de octubre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2004.

Indicando dicha Orden que se convocaba "en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria undécima del vigente 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.

QUINTO.- Por Resolución de 29 de julio de 2016, de la Dirección General de Función Pública (BOCM 2 de agosto de 2016) se procedió a la adjudicación de destinos correspondiente al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería, con efectos de 1 de octubre de 2016. En dicha resolución se adjudicó el puesto de trabajo número 38685 a Doña Lourdes .



SEXTO.- La actora suscribió nuevo contrato de trabajo temporal a tiempo completo a fin de cubrir la vacante número NUM001 vinculada a la cobertura del primer concurso de traslado que se convoque, a fecha de 30 de septiembre de 2016.

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

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por Doña Florencia frente a la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, y en consecuencia condeno a la demandada al abono a la actora de la cantidad de 4.048, 74 euros".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recursos de suplicación por ambas partes, formalizándolos posteriormente; tales recursos fueron 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 2 de febrero de 2018 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 6 de junio de 2018, señalándose el día 20 de junio de 2018 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interponen recurso de suplicación tanto la actora como la Comunidad de Madrid contra sentencia que estimó parcialmente la demanda interpuesta por Doña Florencia frente a la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, y, en consecuencia, condenó a la demandada al abono a la actora de la cantidad de 4.048, 74 euros.

SEGUNDO .- La sentencia de instancia fija como premisas fácticas relevantes, no combatidas, que Doña Florencia ha prestado servicios para la Consejería de Políticas Sociales y Familia desde el día 8 de noviembre de 2007 en la residencia de Colmenar Viejo, ostentando la categoría profesional de auxiliar de enfermería, y una retribución mensual de 1.733,56 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. Esta relación laboral entre las partes se inició en fecha de 7 de noviembre de 2007 tras la suscripción de un contrato de interinidad para cobertura de vacante, fijo discontinuo, vinculada a oferta de empleo público a tiempo parcial. En dicho contrato consta en su cláusula primera "El trabajador contratado ocupará provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los arts. 13.2 y 3 del Convenio Colectivo la vacante nº NUM000 de la categoría profesional auxiliar de enfermería". En fecha de 19 de septiembre de 2016 la Comunidad de Madrid comunicó a la actora la extinción de su contrato de trabajo a fecha de 30 de septiembre de 2016 como consecuencia del proceso de consolidación de empleo. La actora suscribió nuevo contrato de trabajo temporal a tiempo completo a fin de cubrir la vacante número NUM001 vinculada a la cobertura del primer concurso de traslado que se convoque, a fecha de 30 de septiembre de 2016.

TERCERO .- Con estos presupuestos fácticos, la sentencia de instancia, llega a la conclusión de que a la actora ha de indemnizársele en razón a 8 días por año con base a que:

"La sentencia invocada del TJUE de 14 de septiembre de 2016 dando respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid con ocasión de la extinción de un contrato de interinidad de una trabajadora que prestaba sus servicios para el Ministerio de Defensa, declara, al amparo del principio de no discriminación, que la normativa española enjuiciada (arts.49.1c , 53.1b) y 15.1 ET) es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, derivado de la Directiva 1999/70/CE, porque deniega cualquier indemnización por finalización del contrato de trabajo al trabajador con contrato de interinidad, mientras que concede a los trabajadores fijos comparables una indemnización de 20 días por año. Por lo tanto, el TJUE considera la cláusula 4ª del Acuerdo Marco una plasmación del principio de no discriminación, un derecho fundamental (art.21 CDFUE) y, por tanto, un principio general del Derecho Social de la Unión que ha de tener eficacia no solo vertical, sino también horizontal o entre particulares."

Y manifestado lo anterior tras la valoración de la prueba practicada en el plenario ha de considerarse que el actor se encontraba en una situación laborable comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por el mismo empleador durante el mismo período de tiempo (apartado 42 de la sentencia del TJUE que tomamos como base), sin que prueba alguna y alegación se haya efectuado en contrario, de modo que ha de reconocerse el derecho a percibir una cuantía indemnizatoria pro cese a la extinción de sus contratos, en situación comparable a los trabajadores contratados por tiempo indefinido, de conformidad a la interpretación otorgada por el TJUE.



Respecto de la cuantía indemnizatoria ha de indicarse que la extinción de los contratos de interinidad (por cobertura de vacante o incorporación de su titular) no es una causa de finalización "objetiva" propiamente dicha, ya que el artículo 49 ET distingue entre distintas modalidades de extinción del contrato, diferenciando entre extinción por expiración del término o realización de la obra o servicio, incluido el contrato de interinidad (art. 49.1.c) ET) y la extinción por "causas objetivas legalmente procedentes" (art. 49.1.l). Y el artículo 51 indica como causas objetivas las derivadas de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, como la normativa comunitaria (Directiva 98/59). Por tanto, aplicando el principio de igualdad ante la ley, así como la jurisprudencia comunitaria indicada, no es posible equiparar la indemnización derivada de la extinción de un contrato por "causas objetivas" a la extinción de un contrato de interinidad por cobertura de vacante, que no se fundamenta en "causas objetivas". En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, en reciente Sentencia 927/2016 de 7 Nov. 2016, Rec. 755/2015 en relación a la extinción del contrato de un trabajador con relación laboral indefinida no fija y cuya plaza se ha cubierto en una Oferta de Empleo Público, considerando que la extinción es conforme a Derecho, pero que lleva aparejada la indemnización del art. 49. C) ET , esto es, doce días por año de antigüedad.

Por tanto, con arreglo a lo expuesto, los trabajadores con contrato temporal de interinidad tendrán derecho, cuando se extinga el contrato por causa legal, a la misma indemnización que los demás trabajadores temporales, esto es, de doce días por año en su caso, pero no a la indemnización de veinte días por año solicitada en la demanda, al no encontrarnos ante un despido objetivo, sino ante una válida extinción de la relación laboral. En el caso de autos, y de conformidad a la disposición transitoria octava, suscrito el contrato temporal extinguido en fecha de 8 de noviembre de 2007 le corresponde como indemnización ocho días de salario por cada año de servicio, que tomando como salario el propugnado por la demandada, conforme resulta de la documental por esta aportada, arroja un resultado de 4.048,74 euros".

CUARTO. - El primer motivo del recurso de CAM denuncia, con amparo en el apartado a) del art. 193 LRJS , infracción del art. 24 CE y 218.1 LEC , dado, y a su juicio, la sentencia de instancia incurre en incongruencia extra-petita, produciendo indefensión, reproche que carece a todas luces de fundamento, pues lo que se solicitaba en demanda era, en aplicación de la doctrina "De Diego **Porras**", una indemnización de 20 días, y lo que la sentencia concede es una indemnización de 8 días, de ahí que sea perfectamente congruente con el debate suscitado en el proceso, resolviendo todas las cuestiones propuestas, y no sobre otras distintas, debiéndose recordar la congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido.

Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio , que desde pronunciamientos tempranos, como la STC 20/1982, de 5 de mayo , en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia es definido como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita o extra petita partium.

QUINTO .- El segundo motivo del recurso de la CAM denuncia infracción de los artículos 103 y 120 de la LRJS , sosteniendo, en esencia, concurre una inadecuación del procedimiento, pues debió haberse impugnado el cese en el plazo de 20 días, por despido, y no haber presentado reclamación ordinaria de cantidad una vez caducado el plazo, planteamiento que no comparte la Sala, declinando así el motivo, porque aquí no se está discutiendo la válida extinción del contrato, sino su terminación sin indemnización alguna, lo que, a juicio de la trabajadora, es una causa de discriminación entre trabajadores indefinidos y temporales que no se ajusta a la doctrina "De Diego **Porras**" en la STJUE de 14-9- 2016.

Es más, de haber accionado por despido y luego haber acumulado la acción de reclamación de cantidad, entonces la CAM, como viene defendiendo en estos casos, habría opuesto la excepción de acumulación indebida de acciones, a lo que esta Sala, en línea con sus reiterados pronunciamientos, habría dado también una respuesta negativa.

Por lo demás, el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad es el adecuado conforme a lo establecido en la SSTS de 26 de abril de 2016 , 22 de enero de 2007 y 4 de mayo de 2012 : si el trabajador acepta la corrección y plenitud de la extinción no hay conflicto sobre esta ni, por tanto, por no entablar la acción de despido puede perder la indemnización establecida para un cese lícito que puede reclamarse por el procedimiento ordinario.



SEXTO .- El tercer motivo de la CAM denuncia infracción de los artículos 17 LRJS y 22 LEC , haciendo valer no corresponde indemnización alguna dado que, sin solución de continuidad a la extinción de su contrato de trabajo temporal de interinidad el 30-9-16, ha suscrito la demandante un nuevo contrato de trabajo temporal a tiempo completo a fin de cubrir la vacante número NUM001 vinculada a la cobertura del primer concurso de traslado que se convoque, también a fecha 30 de septiembre de 2016, por lo que no se ha producido una merma de ingresos ni existe razón para compensar.

Pero, como resolviendo idéntica problemática de fondo ha resuelto la sentencia de esta misma Sección de Sala de 20-10-17, rec. 665/2017 :

"(...) surge ahora un nuevo aspecto como es el de determinar si procede la indemnización por extinción del contrato de interinidad al que sigue la suscripción de un nuevo contrato.

2.- La sentencia de 5 de junio de 2017 dictada también por la sección sexta de esta Sala en el recurso 344/17 , es contraria al otorgamiento de indemnización de veinte días en casos como el presente (cese de interino seguido de nueva contratación) sobre la base de la siguiente argumentación:

«La tesis de la recurrente es inobjetable solo para el supuesto de la reclamación de la indemnización por extinción del contrato temporal de 12 días por año de servicios prevista en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores , pues no existe ninguna prevención legal que establezca que la suscripción de un nuevo contrato impida el devengo de la indemnización por extinción de un contrato temporal.

Pero lo que se está solicitando es la indemnización de 20 días por año de servicios por aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y dicha sentencia no examina un caso como el actual. En esa resolución se examina el supuesto de extinción de un contrato de interinidad no seguida de nueva contratación, y no puede ser indiferente el dato de que materialmente la relación temporal continúe, aunque sea mediante la suscripción de un nuevo contrato de interinidad. Siendo así, no cabe en el caso actual la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. La situación no es idéntica, pues es claro que si a un trabajador fijo se le extingue el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se le contrata al día siguiente nuevamente. La nueva contratación de la actora introduce un elemento relevante que impide efectuar la comparación apreciando desigualdad de trato. No se ha infringido, en consecuencia, la doctrina de la citada sentencia del TJUE»

3.- No compartimos esta vez el anterior planteamiento por las razones que a continuación exponemos:

En primer lugar, como con acierto se señala en el recurso de suplicación con la cita del Acuerdo Marco de 18 de marzo de 1999 anexo a la Directiva 1999/70/CE, el reconocimiento de la indemnización es una consecuencia necesaria de su cláusula 5ª como medida de prevención y sancionadora del abuso en la contratación temporal.

Si admitimos, como ya venimos haciendo, que debe darse una indemnización por la extinción del contrato de interinidad porque existe causa objetiva, resulta del todo punto indiferente desde esta perspectiva que el trabajador sea contratado de nuevo.

Es cierto que si se utiliza la expresión causa objetiva en sentido estricto técnico jurídico comprensivo de una causa económica, organizativa, productiva, no puede entenderse que si se contrata al trabajador (o a otro) posteriormente a su despido para la misma plaza, esa causa objetiva en sentido estricto técnico jurídico exista. En cualquier caso, si se llega a la conclusión de que no existe, la consecuencia no es la denegación de indemnización sino la declaración del acto como improcedente por no concurrencia de la causa objetiva estricta en sentido técnico jurídico alegada, declaración que lleva aparejada su propia indemnización.

Obviamente, por tanto, cuando hablamos de causa objetiva en estos supuestos no estamos hablando de su acepción estricta sino utilizando una acepción ampliada: objetivo es todo aquello ajeno a la persona del trabajador, su comportamiento y su voluntad.

Desde esta perspectiva, se produce una causa objetiva cuando se extingue el contrato temporal y se otorga la indemnización de 12 días del art. 49.1.c) ET . Entender que esta indemnización (sin abordar el tema de la diferencia de su importe) por extinción derivada de causa objetiva amplia es procedente, aunque vaya seguida de contrato, y no lo es la que ahora barajamos que también se deriva de una causa objetiva absolutamente equiparable (entrada en juego del término pactado), hace a unos trabajadores temporales de diferente condición a otros, lo que rompe la lógica del más elemental principio de igualdad que impone el tratamiento igual a lo que es igual.

Respecto de lo anterior, es cierto que el trabajador comparable debe ser el indefinido/fijo pero reiteramos que, acudiendo a este parámetro, la indemnización de veinte días se otorga cuando concurre causa objetiva (si bien estricta porque no es posible para el fijo la llegada del término) con independencia, y esto es lo importante, de la eventual nueva contratación del trabajador, que puede ser por sus circunstancias perfectamente legal.



Finalmente, ante una situación dudosa en el proceso de interpretación de la norma aplicable, la opción debe ser la que resulte más favorable al trabajador pues así lo impone el principio de favor (favor laboratoris), protector o tuitivo, básico en el Derecho del Trabajo, del que es manifestación el conocido como in dubio pro operario. La prudencia y la intervención tuitiva aconsejan la necesidad de abonar la indemnización a la finalización de cada contrato temporal para evitar que al fin del último no se tenga en cuenta la totalidad de los servicios prestados, reduciendo de forma significativa la indemnización por causa objetiva en relación con la que percibiría el trabajador fijo comparable, abocando al trabajador temporal a la interposición de una posterior e innecesaria demanda de resultado incierto" .

Pues bien, por razones de coherencia y seguridad jurídica, la Sala debe mantener su doctrina sobre este particular, que deberá completarse con las consideraciones que más adelante se harán sobre la imprevisibilidad e inusual larga duración del contrato que permiten alcanzar la conclusión de que no es incompatible percibir la indemnización de 20 días por extinguirse un contrato de interinidad por vacante que se inicia el 8-11-2007 y se extingue el 30-9-16 con la suscripción sin solución de continuidad de un contrato de duración temporal.

SEPTIMO .- El cuarto motivo del recurso de la CAM denuncia infracción del artículo 70 del EBEP , 7 y 83 del mismo texto legal, así como 2.3 y 1091 del CC en relación con los artículos 13 y 14 del Convenio Colectivo del Personal Laboral para la Comunidad de Madrid , defendiendo, y en resumen, que la no ejecución de la oferta de empleo público en el plazo de tres años no se traduce en el efecto de que la relación laboral de la actora se convierta en indefinida no fija, al no tratarse de personal de nuevo ingreso.

La problemática que nos ocupa ha sido abordada por la Sección Sexta de este Tribunal en su sentencia de 8 de mayo de 2.017 (recurso nº 87/17) en sentido contrario a la tesis que sustenta la ahora combatida, resolución judicial que en su día ganó firmeza. Así, en ella se indica: "(...) *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)*" .

OCTAVO .- Luego, agrega: "(...) 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. (...) 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 (sic) . 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: (...). 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: (...). 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 EBEP* " (los énfasis son nuestros).

NOVENO .- Más adelante, sienta: "(...) 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 sucesivas (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" .

DÉCIMO. - También esgrime otros razonamientos que cabe traer a colación al caso de autos. Al respecto, expresa: "(...) 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 Cc . 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 Cc ('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" .

DÉCIMO-PRIMERO .- En fin, que como afirma la reciente sentencia de esta Sección 1ª de 26 de junio de 2018, recurso de suplicación número 56/2018 :

"(...) hemos venido dando una concreta interpretación del art.70 EBEP haciendo nuestras las consideraciones jurídicas desarrolladas por la sección sexta en su sentencia de 8 de mayo de 2017, rec. 87/17 , devenida firme. En esencial, el argumento para rechazar la aplicación del art. 70 EBEP fue el de mantener 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 u otro instrumento similar de gestión) dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. La consecuencia derivada era que el marco temporal de tres años para el desarrollo de estos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial como es el de consolidación de empleo utilizado para cubrir vacantes contemplado en la disposición transitoria cuarta que, desarrollado en varias fases, no tiene preestablecida una duración determinada.

(..) El otro argumento utilizado para no aplicar el plazo de tres años establecido en el art. 70 EBEP venía referido a la imposibilidad de retrotraer los efectos de una norma que entró en vigor en mayo de 2007 a contratos suscritos



con anterioridad porque en muchos casos supondría establecer una obligación cuando el plazo de su ejecución ya había concluido, rigiéndose el articulado comentado por las disposiciones generales del art. 2.1 CC de tal forma que, afirmábamos, no se puede admitir que el EBEP tenga efecto retroactivo ni siquiera en grado mínimo.

(...) Con estos argumentos concluíamos que contratos como el de autos (de interinidad por vacante vigente desde noviembre de 2011), aunque originado después de la vigencia del EBEP, no violentaban el art. 70 EBEP. La consecuencia era que no procedía la calificación de indefinido no fijo del contrato que establece y declara la sentencia de instancia y en base a la cual, por aplicación de la doctrina iniciada con la STS 28 marzo de 2017, otorga la indemnización de veinte días por fin de contrato.

(...) Hemos de indicar, no obstante, que esta sección de Sala pese a no compartir la aplicación del art. 70.1 EBEP a supuestos como el presente, sí aceptaba el reconocimiento de la indemnización citada como consecuencia de la aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, De Diego **Porras**, al llevar a cabo una equiparación entre las causas objetivas haciendo asimilable la actual a las establecidas en el art. 53.1.b) en relación con los apartados c) y e) del art. 52 del ET. Utilizábamos, por tanto, una acepción ampliada del término objetivo similar y en la línea a la utilizada por las SSTS de 28 de marzo y 9 de mayo de 2017 llegando así a la conclusión de que objetivo es todo aquello ajeno a la persona del trabajador, su comportamiento y su voluntad.

DÉCIMO-SEGUNDO .- También contiene nuestra sentencia de 26 de junio de 2018 antes meritada otras consideraciones de interés en el caso presente que pasamos a transcribir:

"Basado nuestro criterio en la citada STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, De Diego **Porras**, lógicamente el mismo se ha visto afectado por el mantenido en las recientes SSTJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, **Montero Mateos** y C-574/16, Grupo Norte Facility S.A, que vienen a establecer lo siguiente:

1) la indemnización por extinción de contrato es una condición de trabajo preservada de cualquier diferencia de trato no justificada entre trabajadores con contrato temporal (duración determinada) y trabajadores con contrato indefinido.

2) Efectuado el juicio comparativo de igualdad de situaciones (trabajador con contrato de trabajo de duración determinada y trabajador fijo) con resultado positivo (situaciones comparables) es preciso comprobar la concurrencia de una razón objetiva que justifique que la finalización del contrato de interinidad (que es el cuestionado) no de lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal.

3) Esta razón objetiva existe por cuanto las partes del contrato de duración determinada conocen (prevén) desde el momento de su celebración la inestabilidad, es decir, la fecha o el acontecimiento que determina su término. No hay acontecimiento extintivo imprevisto que indemnizar ni frustración subsiguiente de las legítimas expectativas de estabilidad del trabajador que sí concurren, por el contrario, en el trabajador fijo.

4) La inestabilidad conocida (previsibilidad de la extinción) frente a la expectativa frustrada de estabilidad (imprevisibilidad de la extinción) constituye de esta forma razón objetiva que justifica la diferencia de trato.

5) La conclusión: la norma nacional que no otorga indemnización al contrato de interinidad durante el proceso de selección o promoción de la cobertura definitiva del puesto no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada".

DÉCIMO-TERCERO .- Añade luego que:

"1.- El fundamento 64 de la STJUE **Montero Mateos**, no obstante, se encarga de precisar que sus criterios de previsibilidad/imprevisibilidad de la extinción que, a su vez, relaciona con las legítimas expectativas del trabajador y su frustración es cuestión sujeta a las concretas circunstancias del caso y que, por tanto, su examen corresponde al juez nacional quien debe determinar ad casum dos conceptos jurídicamente indeterminados: si la duración inusualmente larga de un contrato de duración determinada y la imprevisibilidad de la finalización, deben dar lugar a recalificarlo como fijo.

2.- La razón de lo anterior es obvia: si la finalización es realmente imprevisible para el trabajador, no hay previsibilidad de extinción y por lo tanto surge una expectativa legítima de estabilidad de la relación. Si a ello se suma una duración inusualmente larga que evidencia una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada obtenemos los dos ingredientes que conforman la relación laboral del trabajador fijo: extinción imprevisible y expectativa de estabilidad laboral. La relación debe ser de esta forma recalificada porque no es de duración determinada sino fija. Y la razón para ello también es obvia: evitar la utilización abusiva de la contratación de duración determinada lo que nos conduce al contenido de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada anexo a la Directiva 1999/70/CE

(..)- Nos encontramos, por tanto, ante una nueva tesis jurídica e interpretativa que justifica el cambio de criterio que ahora adoptamos y en la que debemos determinar, en el caso concreto aquí analizado, la aplicación de dos



conceptos indeterminados como son: a) la imprevisibilidad de la terminación del contrato; y b) una duración inusualmente larga, todo bajo el prisma preventivo y sancionador de la utilización abusiva de la contratación de duración determinada que consagra la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Y, por supuesto, aceptando como aceptamos que el juicio comparativo de igualdad de situaciones da resultado positivo por cuanto la trabajadora demandante ejercía las mismas funciones de auxiliar de enfermería en una residencia para personas mayores que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso de cobertura de la plaza referido en el hecho probado cuarto de la presente sentencia, destinado a cubrir de modo definitivo el puesto que la actora ha ocupado durante el tiempo en el que ha estado vacante.

"(..) En cualquier caso, como luego se verá, consideramos que este juicio comparativo no es necesario ni es la columna vertebral de la resolución porque estimamos que esta no deriva de la aplicación del principio de igualdad (cláusula 4ª del Acuerdo Marco), sino de la prevención del abuso y su sanción cuando se produce, que consagra la cláusula 5ª .

DÉCIMO-CUARTO .- Sienta a continuación que:

" (..) El requisito de imprevisibilidad ha sido analizado por la STSJ de Castilla y León de 8 de junio de 2018, rec. 833/16, en línea de razonamiento que inicialmente y en alguno de sus extremos compartimos. En efecto, la mera referencia a la vinculación de la plaza a la OPE de 2003 que se hizo en el momento de la contratación es insuficiente para que la trabajadora pudiera conocer la fecha en la que el contrato llegaría a su fin. Debe advertirse, además, que tal identificación pudo hacerse de alguna forma en el contrato datado el 17 de octubre de 2011 habida cuenta que el proceso extraordinario de consolidación de empleo cuyo resultado es el que, finalmente, es causa de la extinción, se había convocado por Orden de 3 de abril de 2009 y resuelto por Resoluciones de julio de 2016 (hecho probado cuarto). Por consiguiente, y atendiendo a los términos de su contrato, no había manera de conocer con cierta precisión la fecha de cobertura de la plaza y consiguiente extinción del contrato que devino de esta forma en acontecimiento imprevisible aunque eso sí, de constatación objetiva una vez producido, extremo sobre el que no hay contradicción.

"1.- En cuanto a la duración del contrato (2011-2016) la Sala considera que tal duración debe reputarse inusual no tanto por infrecuente (lamentablemente la interinidad de larga duración es la regla de la contratación por parte de las Administraciones Públicas) sino desde el punto de vista del acotamiento temporal al que deben sujetarse los contratos de duración determinada que, obviamente, deben tener una duración máxima total que, conforme a su naturaleza, ha de ser de alguna manera previsible. Los criterios que seguimos para determinar de forma objetiva el concepto indeterminado analizado (duración inusualmente larga) se exponen a continuación.

2.- En primer lugar, los parámetros temporales escogidos por el legislador y que son trasunto de la propia cláusula 5ª. En efecto, así se deduce de lo establecido en ella si bien con referencia a la existencia de sucesivos contratos. Como señala la STSJ Castilla y León de 11 de junio de 2018 antes citada la cláusula 5ª mandata a los Estados para que establezcan medidas destinadas a evitar la utilización abusiva y la fijación de lo que debe considerarse contratos sucesivos, mandato cumplido con el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, que estableció en el art. 15 del ET un límite a la temporalidad, cuando existen dos o más contratos temporales del mismo trabajador y para el mismo puesto de trabajo, de veinticuatro meses de duración acumulada en un período de treinta meses consecutivos. Y si bien es cierto que tanto la norma comunitaria como la española hablan de la duración acumulada de dos o más contratos temporales, sirve de pauta de interpretación para llegar a una determinación lo más objetiva posible. Amén de carecer de toda lógica establecer una cadena contractual y, sin embargo, permitir un contrato temporal sine die pues tal situación, desde luego, incurriría en un claro fraude (art. 6 CC) porque al amparo del texto de una norma (que exige varios contratos que resultarían así eludidos) se trataría de evitar su aplicación.

3.- Otro referente temporal nos lo ofrecen, como señala la STSJ C y L citada, normas antecedentes y actuales: 1) el Real decreto 1989/1984, que estableció como límite para la contratación temporal no causal el de tres años; 2) este límite se mantiene en el contrato de fomento del empleo de las personas con discapacidad (disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre); 3) tres años es también el límite establecido por el art. 15.1.a) del ET para los contratos por obra o servicio determinado; 4) el art. 70 del EBEP de la misma forma acude al límite de tres años para la ejecución de la OPE lo que conecta este precepto de forma directa con la duración de los contratos de interinidad suscritos para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (arts. 4.1 y 4.2.b del Real Decreto 2720/1998). A la vista de lo anterior, obvio es que el legislador ha considerado, cuando de una Administración Pública se trata, el límite de tres años (e incluso dos en determinadas condiciones) como el legalmente aceptable para determinar la duración máxima de los contratos temporales sin perjuicio de determinadas excepciones (sustitución).



4.- A partir de aquí comenzamos a, respetuosamente, no compartir la línea de razonamiento del TSJ de Castilla y León al estimar que la resolución viene marcada por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada.

DÉCIMO-QUINTO .- Agrega luego que:

"El tenor de la referida cláusula 5ª es el siguiente:

Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (cláusula 5)

1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.

2.- El TJUE se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la contratación temporal de empleados públicos. Al respecto en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-197/2015, C-184/2015 ha reiterado que su objeto es establecer límites a la utilización abusiva de contratos de duración determinada imponiendo a los Estados la obligación de adoptar medidas preventivas sin enunciar sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En cuyo caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco... De ello se desprende que cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva» (véanse las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C 212/04, EU:C:2006:443 , apartado 102; de 7 de septiembre de 2006, Vassallo, C 180/04, EU:C:2006:518 , apartado 38, y de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C 362/13, C 363/13 y C 407/13, EU:C:2014:2044 , apartado 64).

3.- En suma, si se constata un abuso, debe adoptarse una medida proporcionada, efectiva y disuasoria con objeto de sancionar el abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de Unión. Dicha sanción, ya se anticipa, es la conversión del contrato en indefinido no fijo.

4.- En efecto, como antes hemos visto la Administración ha abusado del contrato de interinidad suscrito por medio de hacer imprevisible una terminación que era fácilmente previsible y al prolongar más allá de lo debido (tres años) la duración del contrato que ha devenido así en inusualmente larga para un contrato de sus características.

5.- A tal efecto no es admisible aceptar que la extensa duración de una gran mayoría de los contratos de interinidad suscritos que llegan al examen de nuestros tribunales (muchos con más de una década) permite seguir minimizando y haciendo razonable y normal una duración de cinco años de un contrato de duración determinada de interinidad por vacante con las circunstancias del aquí examinado que, sin embargo, nunca debió pasar de tres como nuestro propio legislador viene a reconocer. Ni es admisible aceptar que por ser solo un contrato de duración determinada el suscrito, este puede adquirir una duración sine die y ser de duración incierta y extinción imprevisible y seguir, no obstante, siendo legítimo. Es aquí, por tanto, donde debemos traer a colación los principios consagrados en los arts. 9.3 y 103 CE y el correlativo del art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público , principios entre el que se encuentra el de legalidad cuyo cumplimiento es inexorable y al que se debe la Administración para no quebrar la confianza de la sociedad y, como consecuencia



la credibilidad, de que va ajustarse en su actuación y cualquiera que sea su posición de acuerdo con el principio de legalidad y con el más escrupuloso cumplimiento de las normas, en este caso laborales.

6.- Por lo demás, la conversión del contrato en indefinido es la sanción tradicional que nuestro ordenamiento ha establecido cuando se constata el abuso en la contratación temporal, exista uno o sean varios los contratos firmados. En este sentido, y a los presentes efectos, es de recordar la jurisprudencia que con acierto reseña el juez de instancia recogida en la STS de 14 de octubre de 2014, rec. 711/2013, que con cita de las de 14 y 15 de julio del mismo año (rec. 1847/13 y 1833/13, llega a la conclusión de que los contratos de interinidad habían durado más de tres años superando así el límite establecido en el art. 70.1 del EBEP, por lo que procedía reconocer a los trabajadores la condición de indefinidos no fijos.

7.- A esta conclusión llegamos ahora por aplicación de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y la STJUE de 5 de junio de 2018, C-677/16, **Montero Mateos**. Desde esta nueva perspectiva deviene indiferente la fecha de suscripción del contrato (antes o después del EBEP) y el proceso de cobertura (ordinario o extraordinario) seguido para la cobertura de la plaza porque lo relevante, se reitera, es que el legislador de una u otra manera ha venido considerando que, sin perjuicio de determinadas peculiaridades como el supuesto de la interinidad por sustitución, de las cadenas contractuales contempladas en el art. 15.5 ET o de cualesquiera otros casos específicos existentes con límite mayor o menor, tres años es la regla general que opera como límite de la temporalidad a partir del cual se produce el abuso en la contratación temporal. Buena muestra de ello es, como decimos, el contenido del art. 70.1 EBEP".

DÉCIMO-SEXTO .- Concluyendo así:

"1.- Ciertamente, existe jurisprudencia como la recogida en la STS de 19 de julio de 2016, rec. 2258/2014, que se hace eco de otra más antigua que señalaba que «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 -).»

2.- Precisamente, esto es lo que se hace en el presente supuesto: abordar las irregularidades cometidas en el supuesto analizado sin que estimemos que en el caso la conversión del contrato en indefinido no fijo no resulta conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias. El proceso de selección y su resultado no se ve afectado por la declaración que se establece por cuanto el contrato ha sido extinguido y la extinción aceptada (e incluso aunque no lo fuera) pero sin que se destruya la evidencia de que ha existido el comportamiento abusivo o fraudulento que es el riesgo que la propia STS de 18 de julio de 2016 advierte y pone de relieve cuando afirma 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». Este abuso o fraude que el propio Tribunal Supremo reconoce, no puede quedar exento de sanción porque así lo impone nuestro propio ordenamiento y el comunitario. La sanción es la conversión del contrato en indefinido no fijo.

(..) .- Como venimos diciendo, el proceso de selección y su resultado no se ve afectado ni se genera perjuicio alguno a los aspirantes a participar por cuanto partimos de la legalidad del cese operado (o de la posibilidad de abono de indemnización en el caso de existir un despido declarado improcedente). En efecto, la trabajadora no ha cuestionado que el cese se ha producido por una causa legítima (la cobertura reglamentaria de la plaza) pero sostiene, sin embargo, que ostenta el derecho a percibir una indemnización por su cese calculada sobre el parámetro de veinte días.

2.- El Tribunal Supremo ya ha sentado doctrina y establecido los criterios en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público. La primera respuesta: corresponde el abono de la indemnización del art. 49.1.c) ET. Así lo rememora la STS de 28 de marzo de 2017 cuando con cita y reproducción del contenido de la de 22 de julio de 2013 recuerda el criterio de que el cese de los trabajadores indefinidos no fijos por cobertura reglamentaria de la plaza de los indefinidos no fijos venía siendo indemnizado conforme al citado precepto estatutario por responder a una medida de sanción del abuso. A continuación la meritada STS de 28 de marzo de 2017 supera esa línea doctrinal para establecer que el indefinido no es plenamente equiparable a un trabajador temporal pues es, ciertamente, indefinido porque su origen se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal llevado a cabo por la Administración Pública, lo que determina que por el sujeto infractor sea no fijo (en el sector privado sería fijo sin más) y ello como consecuencia de que el acceso al empleo público



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). Es el carácter de indefinido el que, específicamente, lleva al TS en marzo de 2017 a elevar la indemnización a veinte días cuando la misma se otorga por la extinción con causa en la cobertura reglamentaria de la plaza.

3.- *En efecto, y en línea con lo que ha establecido nuestro Tribunal Supremo, esta sección debe recordar que la figura del denominado indefinido no fijo es consecuencia de una previa anomalía contraria a derecho desde la perspectiva de su temporalidad que determina su conversión en indefinido (SSTS 20 enero 1998, rec. 1112/07 y 27 marzo 1998, rec. 295/1997 : el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término). La condición de no fijo, por su parte, deriva de la necesidad de respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para acceder a un empleo fijo en el sector público. La condición de fijeza solo se puede atribuir mediante una provisión regular del puesto que, producida, determina que exista una causa lícita para extinguir el vínculo indefinido que atendía el puesto en cuestión. Por consiguiente, partimos de que el contrato del indefinido no fijo lo es por sanción a una anomalía. De esta forma, es indefinido pero sujeto a una posible causa de extinción objetiva no prevista para los fijos, que es la cobertura reglamentaria de la plaza que producida, abre la vía a la manifestación de una condición de trabajo prevista para el momento de la extinción: el abono de una indemnización de veinte días.*

4.- *Por consiguiente, y a modo de resumen, la sanción por abuso en la contratación temporal no es propiamente la indemnización, sino la tradicional conversión del contrato en indefinido (fijo en el sector privado y no fijo en el sector público); la indemnización por extinción del contrato es una condición de trabajo que tiene un carácter compensatorio de la pérdida del empleo y en cierta (pero mucha menor) medida, sancionador del abuso. Como tal condición de trabajo está preservada de toda diferencia de trato no justificada entre situaciones comparables. De ahí que la cobertura reglamentaria de la plaza, causa lícita y objetiva de extinción, genere el derecho a la indemnización de veinte días, que es el importe para las extinciones contractuales objetivas y supuesto comparable, como señala la STS 28 marzo de 2017 y posteriores (9 y 12 de mayo y 19 de julio de 2017)".*

DÉCIMO-SÉPTIMO .- En suma, y trasladando todas estas consideraciones al supuesto concreto aquí enjuiciado, es palmario que la inusual duración del contrato de interinidad en el caso de la demandante, desde 2017 a 2016, haciendo imprevisible lo que era perfectamente previsible, excediendo con mucho del margen de los tres años, convirtió la relación en indefinida (no fija) con derecho a una indemnización de 20 días, declinando el cuarto motivo de la CAM.

DÉCIMO-OCTAVO .- El quinto motivo del recurso de la CAM denuncia infracción de los artículos 49.1. C y Disposición Transitoria 8 ET , 9.3 y 14 CE y 1101 CC , defendiendo, en esencia, que no se ha producido discriminación entre trabajadores indefinidos y temporales, ni entre el contrato de interinidad y otros contratos temporales, al no tratarse de situaciones comparables, dado que el contrato de interinidad está sujeto a una condición resolutoria, para lo cual trae a colación la sentencia de la Sección 4º de este tribunal de 29- 6-17, nº 479/2017 y las que cita, por lo que, en su opinión, no ha lugar a indemnización alguna.

Por su parte, y en íntima conexión con esta problemática, la actora, en el exclusivo motivo que despliega, censura infracción de la STJUE de 14-9-16 y de la doctrina judicial asociada que cita, pues, a su parecer, la indemnización que le corresponde es la de 20 días por año y no la de 8 días, si bien a la hora de cuantificarla incurre en contradicción, pues en la alegación segunda la cifra en 9.677,78 euros y en el suplico en 10.411,32 euros.

Pero como ya hemos dicho, y no es necesario reiterar en toda la extensión de la argumentación antes indicada la actora tiene derecho a una indemnización de 20 días y no tanto por discriminación cuanto por el abuso en la duración de la contratación, inusualmente larga, por lo que declina el quinto motivo de la CAM.

DÉCIMO-NOVENO .- Significar en este punto del debate que ninguna de las partes pide la revisión fáctica del salario que la sentencia declara probado en el hecho primero de 1.733,56 euros con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.

Es verdad que la CAM aduce que el salario de la sentencia, que toma la base cotización, no es correcto, pero insistimos que, ni pide la revisión fáctica, ni da un salario alternativo en el recurso, por lo que la Sala ha de atenerse al de 1.733,56 euros.

Es por ello que el recurso de la actora merece estimarse en parte, fijando una indemnización de 20 días por año por la extinción del contrato suscrito en 7-11-2007, en el bien entendido que la cuantía de esta indemnización, atendiendo al salario mensual de 1.733,56 euros con inclusión de parte proporcional de pagas extras, asciende a **10.136,12 euros**, no a la que cuantifica en el suplico de la demanda y en el recurso de 10.411,32 euros, para lo cual la Sala sigue la aplicación informática puesta a disposición de los operadores jurídicos por el CGPJ, de acceso abierto, según el siguiente desglose:



- Fecha de inicio: 08/11/2007
- Fecha de finalización: 30/09/2016
- Número de días: 3250
- Número de meses: 107
- Salario bruto: mensual
- Importe: 1733,56
- Sueldo diario : 56,84.

Sin costas (art. 235 LRJS), al no impugnarse el recurso de la CAM por la parte actora.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso interpuesto por Doña Florencia contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 18 de los de Madrid de fecha 29 de noviembre de 2017 , en sus autos nº 440/2017, y declaramos su derecho a percibir una indemnización de 10.136,12 euros, con revocación parcial de la resolución judicial de instancia, condenando a la COMUNIDAD DE MADRID a su abono.

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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 número 2826000000015218.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

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