



Roj: **STSJ M 7921/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:7921**

Id Cendoj: **28079340032018100460**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/06/2018**

Nº de Recurso: **843/2017**

Nº de Resolución: **407/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

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

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0042860

Procedimiento Recurso de Suplicación 843/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 02 de Madrid Despidos / Ceses en general 969/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 407/2018-C

Ilmos. Sres

D. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO

Dª VIRGINIA GARCIA ALARCON

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid a ocho 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 843/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MIGUEL ANGEL SANTALICES ROMERO en nombre y representación de D./Dña. Tania y por el LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA en nombre y representación de SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, contra la sentencia de fecha 1/03/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 02 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 969/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Tania frente a SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, 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:

1º.- Doña Tania inició su relación laboral con el Hospital General Universitario Gregorio Marañón en fecha de 1 de diciembre de 2.004, ostentando la categoría profesional de Diplomado en Enfermería, estando actualmente vinculado con contrato laboral indefinido no fijo en virtud de sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid de fecha 16 de abril de 2.009, la cual es firme, que declaró tal indefinición no fija por haberse cometido fraude de ley en la contratación de obra y servicio suscrita el 1 de diciembre de 2.004.

2º.- El actor percibe actualmente un salario de 2.796,09 € al mes con p.p de pagas extras.

3º.- Figura en la vida laboral del actor el código 100, correspondiente a indefinido en la contratación laboral.

4º.- El demandante presta servicios en el denominado "Servicio de Cuidados Medios de Neonatología".

5º.- Doña Tania se encontraba en estado de gestación desde el mes de febrero de 2.016 y en situación de incapacidad temporal desde 1 de septiembre de 2.016.

6º.- Con fecha 15 de diciembre de 2.009 el actor presentó escrito en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón en el que manifestaba que no prestaba su consentimiento a la citada adscripción al puesto NUM000 ya que se trataba de un puesto de trabajo anterior al de su contratación, y no era posible que la empresa unilateralmente alterase la naturaleza del contrato indefinido no fijo en un interinaje con cargo a OPE del año 2003.

7º.- Con fecha de 15 de septiembre de 2016 ha recibido comunicación de la Gerencia del hospital Gregorio Marañón del siguiente tenor literal: <<Pongo en su conocimiento que el próximo día 30 de septiembre de 2016, finaliza su relación laboral con este hospital, al haberse resuelto el proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Diplomado en Enfermería (Resolución de 21 de junio de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, modificada por Resolución de 4 de julio de 2016 y Resolución de 29 de julio de 2016 de la Dirección General de la Función Pública) en el que está incluido el número de puesto NUM000 que usted ocupa en cumplimiento de sentencia >>."

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

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda sobre DESPIDO formulada por doña Tania frente al SERMAS declarando la procedencia del cese de efectos de 30 de septiembre de 2.016, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 13.057,00 euros en concepto de indemnización por extinción de la relación laboral al amparo del artículo 49.1.c del TRET."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD y D./Dña. Tania, 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 19/10/2017, 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 29 de mayo 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 especial, en el FD 6º que dice:<< Sexto.- Del contrato de interinidad por vacante y la extinción por cobertura de plaza

El núcleo de la cuestión a resolver se halla en la consideración de la amortización de las plazas de la Administración Pública como causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo de quienes las ocupan como consecuencia de la contratación efectuada, materialmente, bajo la modalidad de interinidad por vacante.



Para sostener la conformidad de tal mecanismo de extinción se pretende por parte de la demandante que la relación laboral pudiera ser considerada de carácter indefinido no fijo.

Ciertamente, la jurisprudencia había venido afirmando que, tanto los contratos de interinidad por vacante, como los del personal indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas, se extinguían al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador mediante el proceso ordinario de cobertura o por la amortización de la misma. En este último supuesto se entendía que no era necesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual de los artículos 51 y 52 c) ET. Así se plasma en las STS 4ª, Pleno, de 22 julio 2013 y 23 octubre y 25 noviembre 2013, así como en la de 13 enero 2014, por citar las más recientes.

La relación laboral indefinida no fija es una creación jurisprudencial surgida de las irregularidades en la contratación laboral de las Administraciones Públicas, "sometida a una condición -la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura-, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los artículos 51 y 52 del TRET". La aceptación de la amortización de la plaza como causa de extinción de los contratos de interinidad por vacante era aplicable a los contratos indefinidos no fijos, porque "se trata de contratos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1.b) y del artículo 1.117 del Código Civil, pues desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue.

En suma, pues, con arreglo a los criterios tradicionales descritos, la amortización de la plaza tenía el mismo efecto extintivo tanto en una como en otra modalidad contractual. En consecuencia, sería irrelevante la conversión del contrato temporal inicial en uno de carácter indefinido no fijo.

Sin embargo, la anterior doctrina ha sido expresamente rectificada por la ya citada STS/4ª/Pleno de 24 de junio de 2.014, dictada en un procedimiento de despido colectivo, que afectaba a trabajadores interinos por vacante de una universidad pública.

Se afirmaba en ella que los contratos de interinidad por vacante están sujetos al cumplimiento del término pactado: la cobertura reglamentaria de la plaza. Se trata de una obligación sometida a término y no a condición resolutoria explícita o implícita. Se trata de contratos temporales de duración indeterminada en que no consta el momento del término, pero sí que el mismo llegará cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección convocada para cubrirla (con arreglo, precisamente, a lo que establece el artículo 70 del TREBEP).

La amortización de los puestos de trabajo, mediante una nueva ordenación de los mismos, aunque lícita y permitida por el art. 74 del TREBEP (RD LEg 8/2.015), no puede conllevar la automática extinción del contrato de interinidad celebrado para cubrirla porque no está prevista legalmente como causa de extinción de esos contratos sujetos a un término, cuya mayor o menor duración se ha fijado por la norma y depende de la diligencia de la empleadora en poner en marcha los oportunos procesos de selección. Ahora bien, sí podrá tener lugar con la cobertura de la plaza a través del mecanismo del proceso de concurso.

En consecuencia, en tales casos, los de amortización por reordenación, se está ante un acto extintivo de la empleadora llevado a cabo antes de que llegue el vencimiento temporal del contrato, "lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza ocupada". De ahí que se declarase que "ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro Derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso en los arts 51, 52 y 56 del TRET y en los procedimientos establecidos al efecto pues debe recordarse que, conforme a los artículos 7 y 11 EBEP, la legislación laboral es aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas.

Conviene recordar, por tanto, que el artículo 74 del TREBEP aprobado por RD LEg 8/2.015 hace referencia a la posibilidad de que << Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos >>.

Es decir, no cabe confundir el supuesto de la cobertura de la plaza por proceso selectivo frente al supuesto de la mera reordenación a que se refiere el artículo 74 del TREBEP, supuesto este último que no obedece a la condición resolutoria que subyace en el vínculo del interino por vacante, pero que sí concurre para el evento de la cobertura por concurso, como aquí acontece, y que tiene acomodo en el artículo 70 del TREBEP, esto es, la oferta pública de empleo.

Lo anterior debe conducir a que el despido es procedente, siendo lícita la extinción del contrato por la cobertura de la plaza vacante, siendo que el aspecto novedoso que se introduce por la referida sentencia es el referente a la



indemnización por extinción de contrato temporal que en el presente caso se ha introducido oportunamente en la demanda, razón por la que ha de prosperar, debiendo confirmarse la decisión extintiva, pero con la consecuencia lógica del abono de la indemnización de 12 días de salario por año trabajado de conformidad con lo prevenido en la STS de 7 de noviembre de 2.016 , debiendo tomarse como base de cálculo el salario propuesto por la demandada pues la demandante se ha limitado a aportar una nómina, lo que impide venir en conocimiento de las variaciones que puedan existir en la nómina de la demandante, como así parece ser el caso habida cuenta de que la demandada ha aportado un certificado de habilitación comprensivo de los salarios de todo el año del que se desprende la tesis contraria. A razón de 11,83 años de servicio, salario diario de 91,97 euros y con un módulo de 12 días de salario por año de servicio, la indemnización asciende a 13.057,00 euros.>>

SEGUNDO: Frente a tal pronunciamiento se alzan ambos recurrentes formulando cuestiones ya reiteradamente resueltas por éste Tribunal.

La parte actora alega la infracción de los arts. 51 , 52 y 55.5 del ET en relación con el 70.1 del EBEP y 1124 y 1256 del Código Civil , 85.1 de la LRJS , 24.1 de la CE -motivo primero- del art. 15.1 y 55.5 del ET en relación con el 8.1 c) del RD 2720/98 y 15 del ET -motivo 2º y 3º- y art. 56.3 y 49.1 c) del ET y STJUE de 14/09/2016 asunto C- 596/14 , solicitando que el despido se declare nulo o improcedente o subsidiariamente se indemnice con 20 días de salario por año trabajado.

La demandada, tras pedir la suspensión de la tramitación del recurso, suspensión improcedente en cuanto éste Tribunal no tiene pendiente de resolver ninguna cuestión prejudicial que la justifique, así como la nulidad de la sentencia por existir una acumulación indebida, por entender que no debió analizarse si procede indemnización por cese que no constituye despido, lo que supone ignorar la reiterada jurisprudencia que ha establecido lo contrario (conocida y obvia para el recurrente pues era parte procesal en tales asuntos) así como la infracción del art. 49 del ET y 8 del RD 2720/98 .

Este Tribunal ha resuelto de manera reiterada litigios similares al presente partiendo del supuesto del cese eficaz o conforme a derecho del trabajador por ocupación reglamentaria de la plaza que ocupaba como indefinido no fijo, no pudiéndose reputar que la adscripción a un puesto vacante en 2009, que se ha mantenido hasta 2016, pueda suponer otra cosa que la continuidad de tal relación que no es de pura fijeza dado que parte de la irregularidad contractual en el sector público que solo se puede corregir con la cobertura de la plaza en concurso público conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad, soslayados por la Administración y concurso que presupone la previa declaración de la vacante. Debemos, al respecto, tener en cuenta el concreto FD 5º de la sentencia donde se pormenoriza y completa la base fáctica del hecho probado 6º y que dice así: << **Quinto.**- En relación con los motivos 1, 2, 3, 5 aducidos en la demanda, cabe sostener que no puede compartirse la tesis de la parte demandante en la medida en que se aquietó ante lo podría considerarse una modificación sustancial de las condiciones del contrato, o en su caso, una novación contractual, figuras ante las que podía haber accionado oportunamente y en tiempo. *Resulta por tanto inadmisibile que se censure una decisión empresarial adoptada en el año 2010 en virtud de la cual el actor volvería a detentar vínculo que le sitúa en una posición jurídica habilitante para la decisión extintiva, como más adelante se analizará. Quizás sea por la propia convicción de que el cese se ha realizado de forma legal al ostentar la condición de interino la razón por la cual ahora se pretenda impugnar de forma indirecta o mediata lo que en su día no se combatió. Son razones de seguridad jurídica las que asientan las bases de institutos jurídicos como la prescripción y la caducidad de las acciones. Siendo así, el actor contaba con las acciones legales oportunas para denunciar lo que considera extemporáneamente una transgresión de la forma y naturaleza del vínculo jurídico que le unía con la demandada. Al no haber hecho, sin que a tales efectos pueda atribuirse efectos enervante a la reclamación administrativa, no puede acogerse el motivo en esta sede, debiendo invocarse la doctrina de los actos propios. El actor se aquietó con su nuevo vínculo jurídico y no es dado pretender de forma mediata una impugnación del mismo, impugnación que se efectúa con el solo propósito de situarse fuera de la órbita de la válida decisión extintiva por cobertura de plaza.*

En relación con la censura jurídica que se efectúa a la duración del proceso de oferta pública de empleo, ha de recordarse que el mismo se inicia en el año 2.002, antes de la entrada en vigor del EBEP de 2.007, por lo que no sería de aplicación el plazo señalado por la parte actora, pues como indica el artículo 83 de ese mismo texto legal, la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con los Convenios Colectivos, siendo de aplicación, por tanto, los arts 13 y 14 del Convenio Colectivo del Personal Laboral y su DT 11ª.

Desde el Decreto 8/2007 de 1 de febrero por el que se regula el proceso de integración del personal laboral en el régimen estatutario, impedía la creación de nuevas plazas de personal laboral ya que desde ese omento todas las nuevas vacantes debían cubrirse con personal estatutario.



De otra parte, los motivos aducidos en los números 4, 8 y 9 pueden igualmente agruparse al ir todos ellos referidos a la desadecuación entre el concurso y la plaza a cubrir, manifestándose que la empresa no ha respetado lo previsto en los artículos 13 y 14 del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid ya que la plaza en ningún caso se ha cubierto con ninguno de los procesos selectivos allí regulados, conculcándose además la Disposición Transitoria Undécima de dicho convenio que regula el proceso de consolidación de empleo.

Sentado lo anterior, la conclusión a la que cabe llegar no es otra que la de considerar que la plaza ha sido oportunamente extinguida de conformidad con lo que se expondrá en el siguiente fundamento de derecho.

Además de lo anterior, y en relación con la supuesta distinción entre la plaza a que se hace referencia en el cese, se trata de un mero error material. Por certificación del director de RRHH del Hospital de 20 de febrero de 2.017, se indica que la plaza vinculada a la demandante es la número NUM001 , siendo la 49.458 adjudicada a doña Ramona , persona a la que por error se dirigió el burofax por el que en cumplimiento de la sentencia de 16 de abril de 2.009 se comunicaba la ocupación de la vacante.

Del mismo modo, conviene añadir que la plantilla orgánica no identifica el puesto de trabajo por el régimen de turnos o el horario, sino por la categoría profesional, las vacantes y el número de plaza, razón por las que las supuestas diferencias invocadas no implican que la demandante haya ocupado una plaza distinta a aquella otra que se cubre en la OPE.>>

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 caso 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 "sobrevvenida", 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 caso 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 el 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 disposiciones 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 definitiva 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 en ésta materia, 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 .

Procede, por tanto, estimar la petición subsidiaria estableciendo la indemnización por cese de 20 días por año de servicio con los intereses procesales correspondientes.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso interpuesto por el/la LETRADO D./Dña. MIGUEL ANGEL SANTALICES ROMERO en nombre y representación de D./Dña. Tania y desestimamos el de la demandada, revocamos la sentencia de instancia en el único sentido de fijar la indemnización por extinción de la relación laboral en 21.696,94 euros. Sin costas.

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

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0843-17 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- 0000-00-0843-17.

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.