



Roj: **STSJ CL 2347/2018 - ECLI:ES:TSJCL:2018:2347**

Id Cendoj: **47186340012018101083**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **1066/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01339/2018

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983458462-463

Fax: 983.25.42.04

NIG: 34120 44 4 2017 0001100

Equipo/usuario: AGG

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001066 /2018 -S-

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000572 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECORRENTE/S D/ña JUNTA DE CASTILLA Y LEON

ABOGADO/A: LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Cirilo

ABOGADO/A: ROCIO BLANCO CASTRO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Il'tmos. Sres.:

D. Manuel M^a Benito López

Presidente de Sección

D^a Susana M^a Molina Gutiérrez

D. Jesús Carlos Galan Parada/

En Valladolid a doce de julio de dos mil dieciocho.



La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente 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 núm. 1066/2018, interpuesto por **JUNTA DE CASTILLA Y LEON** contra la Sentencia del Juzgado de lo Social N° dos de Palencia, de fecha 22 de marzo de 2018 , (Autos núm. 572/2017), dictada a virtud de demanda promovida por D. Cirilo contra **JUNTA DE CASTILLA Y LEON** sobre **DESPIDO**.

Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA Susana Mª Molina Gutiérrez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28/11/2017 se presentó en el Juzgado de lo Social núm. Dos de Ponferrada demanda formulada por D. Cirilo en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó Sentencia en los términos que consta en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados figuran los siguientes:

" **PRIMERO.-** El demandante, DON Cirilo , con DNI NUM000 , suscribió el 22 de marzo de 2004 un contrato de trabajo de duración determinada con la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, a tiempo completo, con la categoría profesional de oficial de segunda, de interinidad, en el puesto de trabajo con nº actual de RPT 21111 de mantenimiento de la Escuela de Educación Infantil Apeninos de Guardo, para sustituir al trabajador Justo , siendo la causa: liberación sindical, hasta la incorporación del titular o hasta la amortización o cobertura por procedimientos de provisión de puestos de trabajo.

SEGUNDO .- Con fecha 26 de agosto de 2009 se produce el cese del titular de la plaza, D. Justo , por concesión de traslado a otro puesto de trabajo en la Orden ADM/1729/2009 de 21 de agosto (BOCYL 25 agosto 2009) por la que se resuelve definitivamente el concurso de traslados abierto y permanente para la provisión de puestos de trabajo adscritos al personal laboral al servicio de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y sus Organismos Autónomos.

TERCERO .- El 27/08/09 D. Cirilo y la Junta de Castilla y León firman una Addenda al Contrato de Trabajo de Interinidad de 22 de marzo de 2004, registrado el 29 de marzo de 2004, en la que convienen que el contrato inicial extenderá su duración hasta que se produzca la cobertura del puesto de trabajo por personal fijo mediante los sistemas legales de provisión o su amortización reglamentaria.

CUARTO .- El puesto con código de RPT 21111 de la competencia funcional oficial de segunda de oficios (mantenimiento) del C.E.I. Apeninos de Guardo, estuvo incluido ininterrumpidamente en el concurso ordinario de provisión desde el 27 de agosto de 2009 hasta que, por resolución de 4 de octubre de 2017, se adjudica la misma al aspirante que superó el proceso selectivo convocado por Resolución de 11 de julio de 2016 de la Viceconsejería de Función Pública y Gobierno Abierto. El 13/11/17 toma posesión en el referido puesto de trabajo D. Pablo .

QUINTO .- El 3 de noviembre de 2017 el Gerente Territorial de Servicios Sociales de Palencia dictó resolución formalizando la baja de D. Cirilo , con fecha de efectos 12/11/17, causa de la baja: extinción del contrato, modalidad: finalización del contrato.

SEXTO .- No consta que el demandante haya percibido indemnización alguna derivada del fin del contrato."

TERCERO.- Interpuesto recurso de Suplicación contra dicha sentencia por **JUNTA DE CASTILLA Y LEON** que fue impugnado por **D. Cirilo** , y elevados los Autos a esta Sala, se designó Ponente acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- Frente a la Sentencia de Instancia que estimando parcialmente la demanda declara la procedencia del despido operado por la demandada condenándola al abono de 13.456,38 euros; se alza en suplicación el Letrado de la Junta de Castilla y León destinando la totalidad de su recurso al examen del derecho subjetivo y la doctrina jurisprudencial aplicados por el juzgador de instancia, denunciando como infringidos los artículos 49.1c) y 15 del ET , en relación con el artículo 55 del mismo cuerpo legal y la doctrina comunitaria que cita.

Se alega por la Administración empleadora recurrente que no es la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET indemnización prevista para los supuestos de finalización ordinaria de un contrato de interinidad, por cuanto no se acredite su empleo fraudulento se refieren a una prestación de servicios muy acotada en el tiempo, debiendo traer a colación las conclusiones del Abogado General en el Asunto C677/16, así como el hecho de encontrarse planteadas por diversos Tribunales, entre ellos el Tribunal Supremo, nuevas cuestiones prejudiciales sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70/CE que pudieran hacer variar el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Este dato en principio no sería relevante, puesto que el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial no altera por sí mismo la doctrina jurisprudencial del TJUE, ni constituye un recurso contra la sentencia previa del propio TJUE, de manera que en todo caso habrá de aplicarse la doctrina jurisprudencial que se encuentra vigente en el momento de dictar esta sentencia, sin prejuzgar la posibilidad de su eventual modificación ulterior.

Ahora bien, precisamente esa modificación se ha producido escasas fechas antes a la votación y fallo de nuestra sentencia, en virtud de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018, en los asuntos C 574/16, Grupo Norte Facility, S.A. contra Victorio , y C- 677/16 , Visitacion contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. Por eso en este litigio nos hemos de atener al nuevo criterio que dimana de ambas sentencias, que deben ser objeto de especial lectura y análisis.

Tales sentencias, como veremos, resultan clarificadoras de la doctrina de la sentencia De Diego. La indicada sentencia De Diego avanzaba en la línea de la anterior sentencia de 13 de marzo de 2014 , en el asunto C-38/13 , Nierodzik, fijando el criterio de que a efectos de la cláusula cuarta de la Directiva 1999/70/CE no solamente el preaviso, sino también la indemnización por extinción del contrato es una "condición de trabajo" en la que no se puede producir una diferencia de trato no justificada entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores con contrato indefinido. En esa sentencia De Diego se analizaba además de forma harto casuística la situación de la trabajadora implicada en el caso y se llegaba a la conclusión de que su situación como trabajadora interina con muchos años de prestación de servicios en base al mismo contrato en un puesto de trabajo ordinario de la Administración era comparable a la de un trabajador fijo y que la diferencia en la indemnización con respecto a la que se abonaría a un trabajador fijo que fuese despedido por razones objetivas no era compatible con la cláusula cuarta de la citada Directiva 1999/70/CE. La sentencia De Diego no era clara sin embargo a la hora de establecer los criterios que habrían de tomarse en consideración para hacer la comparación entre trabajadores fijos y temporales en lo relativo a las indemnizaciones por despido objetivo, lo que dejaba abiertas varias hipótesis que han sido objeto de pronunciamientos muy diferentes desde la doctrina y los diferentes órganos judiciales. Lógicamente la posibilidad de equiparar las indemnizaciones depende de que se pueda declarar ambas situaciones comparables y para ello se hace necesario en primer lugar determinar qué diferencias existen entre un contrato temporal y un contrato indefinido, para después decidir si tales diferencias justifican un trato desigual en materia indemnizatoria al finalizar la relación laboral. Al respecto se han manejado varias hipótesis sobre las diferencias existentes entre ambos contratos que pudieran justificar la diferencia de trato, de manera que cuando concurren no sería preciso equiparar la indemnización y cuando no concurren tales diferencias sería preciso hacer tal equiparación. A nuestro juicio las hipótesis principales serían las siguientes:

a) Una diferencia sustantiva en cuanto a las exigencias formativas en el trabajo, naturaleza del trabajo, tipo de tareas desempeñadas, condiciones laborales, etc., de manera que si estas circunstancias no permiten diferenciar entre trabajador fijo y temporal ambos tienen derecho a la misma indemnización;

b) Una diferencia en la forma de producirse la extinción, de manera que en el caso de los contratos temporales se produciría de forma automática por el mero hecho de concurrir la causa, sin intervención de la voluntad empresarial, mientras que en los contratos fijos sería precisa una denuncia del contrato mediante la voluntad unilateral del empresario (Kündigung);

c) Una diferencia en cuanto a la predeterminación de la causa extintiva ab initio mediante su incorporación al contrato de trabajo, de manera que en los contratos temporales la causa extintiva aparece ya fijada en el propio contrato, mientras que en el caso de los contratos fijos la causa extintiva no está prefijada ni incorporada al contrato, aunque pueda aparecer a lo largo de la vida laboral y producir la extinción.

d) Una diferencia en cuanto a la precisión exigible en la definición de la causa extintiva, de manera que en los contratos temporales debe ser lo suficientemente precisa para proporcionar certeza sobre el momento en que



se producirá la extinción, mientras que en el contrato fijo puede estar definida de forma menos precisa y por referencia a conceptos jurídicos indeterminados, debiendo concretarse en el momento de la extinción en base a una valoración de su razonabilidad o proporcionalidad;

e) Una diferencia en cuanto a la naturaleza de la causa extintiva, de manera que en los contratos temporales la misma deba ser objetiva, no inherente a la persona del trabajador, mientras que pueda ser también subjetiva en los contratos fijos, de manera que si en los contratos fijos se contemplan causas objetivas y dan derecho a indemnización, también deba abonarse la misma indemnización en los contratos temporales;

f) Una diferencia en la definición y contenido de las causas objetivas que justifican la finalización del contrato temporal y las que justifican el despido por causas objetivas del trabajador fijo (separación legal de las causas extintivas), de manera que si las causas fueran idénticas la indemnización también habría de serlo (por ejemplo, contrato de obra o servicio vinculado a contrata y despido objetivo de trabajador fijo por terminación de contrata).

En alguna sentencia anterior (sentencia de 22 de enero de 2018 en el recurso de suplicación 2035/2017) esta Sala se inclinó por la última de las opciones, la que hemos señalado como "f", esto es, por considerar que cuando la misma causa puede dar lugar a una finalización de contrato temporal y a una extinción por causas objetivas la indemnización habría de ser la misma, pero no en otro caso (teoría de la separación legal de las causas). En concreto dijimos lo siguiente:

"Dado que la obligación de trato igual no se limita a la pura forma externa, sino que obliga a producir una situación materialmente igual por encima de la mera apariencia jurídica, el que formalmente las causas de extinción del contrato temporal sean diferentes a las del despido objetivo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores es un análisis insuficiente del derecho de igualdad ante la Ley, puesto que lo relevante es comprobar si para un determinado caso el supuesto que da lugar a la extinción del contrato temporal podría encuadrarse también dentro del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. En tal caso, si la misma causa de hecho lleva a la extinción del contrato temporal sin indemnización o con indemnización reducida y a la extinción del contrato fijo con una indemnización superior de 20 días por año de antigüedad, se produce la diferencia material de trato que, si no es justificada, sería ilícita. Así en cada caso y según sea la circunstancia alegada habría de atenderse a la existencia o no de una situación de trato materialmente desigual, puesto que para que pudiera afirmarse que se trata de situaciones diferentes, en las que no se produce desigualdad, sería preciso que las causas de la contratación temporal fueran radicalmente disímiles, desde un punto de vista material (y no solamente desde el punto de vista formal de su amparo en una modalidad u otra de contratación), de las causas que permiten la extinción de los contratos al amparo del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando tal disimilitud no se produce y la legislación permite que una causa que debiera insertarse en el seno del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores se constituya en una causa de temporalidad para la contratación laboral, con ello se introduce materialmente una desigualdad por razón de la temporalidad, privando al trabajador de la indemnización prevista en dicho artículo 52 y por ello existe una situación igual y un trato diferente por razón de la modalidad de contratación, temporal o fija, que deviene ilícita".

SEGUNDO.- Sin embargo hemos de corregir expresamente tal criterio, puesto que el mismo, como veremos, es rechazado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias *Moreira* y *Montero*, el cual opta por considerar, en primer lugar, que debe aplicarse el criterio "a", esto es, comprobar si existe o no diferencia sustantiva en cuanto a las exigencias formativas en el trabajo y el tipo de tareas desempeñadas, de manera que pueda diferenciarse entre contrato fijo y temporal en base a las mismas. Si no existe diferencia en ese terreno, debe aplicarse entonces un criterio mixto que suma el "c" (predeterminación ab initio de la causa extintiva) y el "d" (precisión en la expresión de la causa que produzca certeza sobre el momento de la extinción), a lo que debe añadirse un último requisito, esto es, que el contrato de trabajo no alcance una duración "inusualmente larga".

Esto es así porque el TJUE entiende que la filosofía de la contratación temporal que permite una diferencia de trato indemnizatorio con la contratación fija tiene como elemento nuclear las expectativas legítimas del trabajador. La misma causa objetiva que puede dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo puede contemplarse previamente en el momento de la contratación como causa de temporalidad y de esa forma evitar el pago de la indemnización cuando la misma concurre y provoca la extinción del contrato. Pero se entiende que la diferencia de trato indemnizatorio, aun así, se encuentra justificada en base a que en tal caso el trabajador temporal ya conoce de antemano que tal extinción se va a producir con un nivel de certeza suficiente y por ello no verá frustradas sus inexistentes expectativas de continuidad en el empleo, mientras que en el caso de los trabajadores fijos, la falta de predeterminación y certeza de la causa extintiva, que viene a alegarse de forma sobrevenida por el empresario a lo largo de la relación laboral, sí produce la frustración de las expectativas de continuidad en el empleo y es dicha frustración de expectativas lo que resulta indemnizable en el caso del despido por causas objetivas.



Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el TJUE da por supuesto que en la legislación española se cumple el criterio "b" relativo a la forma de producirse la extinción, esto es, que en los contratos temporales la causa de finalización opera automáticamente, sin intervención de una manifestación de la voluntad empresarial. En concreto las sentencias analizadas del TJUE dicen:

"En efecto, se deduce de la definición del concepto de «contrato de duración determinada» que figura en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco que un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado... Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato " (parágrafo 57 de la sentencia *Moreira* y 60 de la sentencia *Montero*).

No siendo esto necesariamente así, tal asunción no del todo correcta sobre el contenido de la legislación española pudiera dar lugar a alguna matización en el futuro de la indicada jurisprudencia, lo que ahora es imposible de anticipar y en principio no parece que afecte al caso que nos ocupa.

TERCERO.- Una vez esquematizado el contenido de las dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 esta Sala debe hacer las siguientes observaciones sobre su interpretación y consecuencias que resultan de las mismas:

Primera: La condición de trabajador temporal tiene alcance comunitario, de Derecho de la Unión, independientemente de la calificación de Derecho interno, puesto que viene definida en la Directiva 1999/70/CE, al menos a efectos de aplicación de la misma. Esa definición, propia del Derecho de la Unión, no es necesariamente coincidente con la que se pueda tener en el Derecho interno de cada Estado, pero es la relevante a efectos de aplicar la Directiva 1999/70/CE.

Segunda: Para que un contrato se considere temporal es preciso que en el momento de concertar éste se incorpore al mismo una cláusula extintiva que determine la ruptura de la relación laboral en una fecha concreta o bien, a falta de la misma, en el momento de "la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado". Por tanto para que exista contratación temporal es preciso que la cláusula extintiva esté vinculada a una fecha o a un hecho o acontecimiento determinado, no admitiéndose definiciones del hecho o acontecimiento de naturaleza "indeterminada".

Tercera: La forma "determinada" por excelencia de fijar la extinción del contrato temporal es el uso de una fecha fija. A falta de fecha fija es imprescindible que el hecho o acontecimiento que produce la ruptura de la relación laboral sea "determinado", esto es, que esté definido de tal manera que permita saber con precisión la causa por la que se producirá la finalización del contrato, de manera que cuando la ruptura del contrato se produzca ello sea conforme con las expectativas que podía tener el trabajador. En la nueva jurisprudencia del TJUE dimanante de las sentencias *Moreira* y *Montero* el elemento nuclear y determinante a efectos indemnizatorios es la expectativa del trabajador valorada en el momento de la ruptura del contrato. Si en el momento de la ruptura del vínculo laboral la apreciación de la causa no es suficiente determinada o resulta sorpresiva, en ese caso la diferencia de trato indemnizatoria no estará justificada.

Esto ocurre en particular cuando la causa de finalización del contrato pactada no permite conocer la fecha en la que la misma se producirá y a esta imprevisibilidad ab initio de la finalización del contrato se añade una duración "inusualmente larga".

Quinta: Por ello cuando la causa de finalización consista en una fecha concreta, como ocurre en el caso del contrato de relevo analizado en la sentencia *Moreira*, la diferencia de trato indemnizatorio está justificada, pero no lo estará si la fecha es imprevisible ab initio y la duración del contrato resulta "inusualmente larga", porque en tal caso el contrato habrá de considerarse fijo a efectos de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Sexta: Esta evaluación, dirigida a determinar si está justificada la diferencia de trato indemnizatorio, ha de llevarse a cabo desde el momento de la contratación hasta el momento de finalización de la relación laboral, tomando en consideración si la descripción del acontecimiento o hecho extintivo permite decir que la fecha en que se produciría la extinción es suficientemente precisa y, en caso negativo, si la duración del contrato ha sido "inusualmente larga".

Séptima: La consecuencia es que tendría derecho a la indemnización propia del despido por razones objetivas sobrevenidas, al no aparecer causa razonable que justifique la diferencia de trato. Además, hay que tener en cuenta que una diferencia de trato no justificada en la aplicación de la Directiva entre supuestos iguales sería contraria al derecho fundamental del artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales (igualdad ante la Ley). Por tal razón es de aplicación directa en todo tipo de relaciones jurídicas de Derecho interno, verticales u horizontales.



CUARTO .- Por tanto, siguiendo el mandato que se desprende del párrafo 64 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 1998 en el asunto C-677/16 , Visitacion contra Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, también referida a un contrato de interinidad por vacante, el órgano judicial debe "examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo", en cuyo caso tendrá derecho a la indemnización reclamada.

El requisito de "imprevisibilidad", en el sentido utilizado por el párrafo 64 de la sentencia **Montero**, se cumple en este caso, que es sustancialmente igual, puesto que la mera referencia a la cobertura de la plaza que se hizo en el momento de la contratación es totalmente insuficiente para que la trabajadora pudiera conocer la fecha en que el contrato llegaría a su fin. No consta que en el momento de la contratación se hubiera iniciado ya la tramitación del necesario proceso selectivo para cubrir la plaza y por tal causa se pudiera conocer con cierta precisión la fecha en que la plaza iba a ser cubierta y el contrato extinguido. En este caso la plaza se cubre siete años y medio después de la contratación, lo que a falta de todo dato revela la falta de diligencia de la Administración para solventar la situación de interinidad de la misma. Por consiguiente, aunque el hecho determinante de la extinción constituía una razón objetiva y además era en su configuración para poder identificar, en el momento de la extinción, si dicha causa extintiva se había producido o no (sobre este extremo no hay discusión entre las partes), lo cierto es que no aparece un elemento adicional que permitiera inducir con el nivel mínimo de certeza exigible la fecha en la que tal acontecimiento se produciría.

En tales condiciones de imprevisibilidad de la fecha en la que se produciría el acontecimiento extintivo, entra en juego el segundo factor fijado en la sentencia **Montero**, que es la duración "inusualmente" larga del contrato, debiendo decidir esta Sala si el tiempo de siete años y medio que duró éste encaja en ese concepto, puesto que en tal caso, al cumplirse las dos condiciones (imprevisibilidad de la fecha y duración inusualmente larga del contrato) la parte actora tendría derecho a la indemnización.

Lo que se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia es que debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya fecha no haya sido fijada con precisión, de manera que tras pasado dicho umbral la diferencia de trato indemnizatorio deja de estar justificada y debe abonarse la indemnización por despido objetivo a su finalización, sin que se cuestione sin embargo la legalidad de la extinción producida si ésta se ajusta a la causa fijada válidamente en el contrato. Lo idóneo sería que tal límite estuviera fijado de manera objetiva en la legislación vigente, pero al no ser así (lo cual es lógico, dado el carácter novedoso de dicha doctrina europea) corresponde a los órganos judiciales fijarlo por vía interpretativa, con la unificación doctrinal que en su caso produzca la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si su interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea coincidiese con la nuestra.

Observa la Sala que diferentes versiones lingüísticas del párrafo 64 de la sentencia **Montero** ("ungewöhnlich lange Laufzeit"; "durée inhabituellement longue", "unusually long duration", "durata insolitamente lunga", "duração anormalmente longa"...), proporcionan el mismo significado que la versión española, esto es una duración que excede lo que es habitual o normal. Lo que no define la sentencia **Montero** es cuál sea el parámetro de lo habitual o normal.

Podría pensarse que el parámetro de la normalidad debiera fijarse en atención a la realidad social, determinando estadísticamente cuál es la duración habitual de los contratos temporales. Dicha aproximación fáctica resulta enormemente problemática, porque puede dar lugar a resultados muy disímiles por territorios o sectores. Mientras que la estadística pública demuestra que numerosísimos contratos temporales tienen una duración anormalmente baja, de pocos días e incluso de un único día (lo que nos llevaría a un umbral de normalidad muy bajo), lo cierto es que en otros casos, como pueden ser las interinidades o los indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas o los contratos temporales vinculados a una contrata en las empresas de servicios ocurre todo lo contrario y nos encontramos con trabajadores que permanecen en situación de temporalidad durante periodos larguísimos, en ocasiones de muchos años. A título de ejemplo baste citar, como plasmación normativa de tal situación, que el convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia contempla en su disposición transitoria décima procesos de consolidación de empleo para trabajadores indefinidos no fijos o contratados temporales en puestos "estructurales" (o sea fijos) desde antes del 1 de julio de 1998, esto es, con más de diez años de antigüedad; o que en el caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso **Montero** la trabajadora llevaba contratada temporalmente por interinidad nueve años; o en este caso la duración de la contratación temporal de interinidad por vacante ha sido de siete años y medio. De usar esa pauta de normalidad habríamos de admitir como normal que la temporalidad de la contratación pueda alcanzar incluso décadas, lo que parece totalmente contrario a la lógica. Es más, la situación descrita, en la cual numerosísimos trabajadores de las Administraciones Públicas que aparecen como temporales (o en la categoría de indefinidos no fijos) se mantienen como tales durante largos años, sin saber cuándo puede terminar su contrato por cubrirse su plaza, si es que tal cosa llega a suceder



alguna vez, según decisiones aparentemente discrecionales de los órganos políticos de cada Administración, nos permite afirmar que, desde el punto de vista del derecho fundamental de igualdad, si la justificación de la diferencia de trato se debe fundamentar en la frustración de expectativas de continuidad, la realidad fáctica de estos contratos hace que se difumine completamente la razonabilidad de esa justificación, de manera que no puede sino concluirse que en tales situaciones de larga duración e incertidumbre es contraria al derecho de igualdad la diferencia de trato en la indemnización, que es precisamente lo que interpretamos que viene a decir la sentencia **Montero**.

Por tanto, excluido que el parámetro de lo normal o habitual hayamos de buscarlo en la realidad sociológica de la contratación temporal, hemos de concluir que hemos de intentar definir qué es lo normal o habitual en las normas jurídicas que han regulado y regulan la contratación temporal en España, para, a partir de dicho parámetro, poder delimitar las situaciones de duración patológicamente larga. La cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE apoya esa vía interpretativa, cuando se refiere, como parámetro, a la "legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales".

Siguiendo esta línea esta Sala encuentra dos posibles criterios:

El primero parte de la propia Directiva 1999/70/CE, dado que en la cláusula quinta mandata a los Estados para que establezcan medidas destinadas a evitar la utilización abusiva y, entre ellas, prevé que se pueda fijar "la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada". En la misma cláusula delega en los Estados miembros la fijación de lo que debe considerarse "sucesivos". Ese mandato se cumplió en el derecho español inicialmente por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, que estableció en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores 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 periodo de treinta meses consecutivos. Es cierto que dicha norma se aplica únicamente a la duración acumulada de dos o más contratos temporales, pero nos da la pauta de cuál es la duración que el legislador considera el límite de lo admisible como normal: veinticuatro meses.

Por tanto para los efectos de cumplir el mandato de la sentencia **Montero** parece que existe una evidente analogía, puesto que parece absurdo que se establezca un límite de veinticuatro meses cuando se encadenan dos o más contratos temporales (con posibles hiatos temporales entre ellos, por lo cual se establece un límite de cómputo de treinta meses consecutivos) y sin embargo un único contrato temporal pueda exceder los veinticuatro meses y llegar a durar, como ocurre en este caso, siete años y medio o incluso varias décadas.

El segundo criterio acudiría a lo que son las decisiones del legislador en normas antecedentes y actuales. Así se puede comprobar que el límite temporal que se estableció para la contratación no causal en el Real Decreto 1989/1984 era de tres años, el cual se mantiene en el contrato de fomento del empleo para las personas con discapacidad (disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre).

También constatamos que el límite de tres años es el fijado por el legislador para la duración máxima de los contratos de obra o servicio en el artículo 15.1.a del Estatuto de los Trabajadores. Ese límite de tres años es el que hemos aplicado, precisamente, a los contratos de interinidad por vacante, por ejemplo en sentencias de 15 de mayo de 2013, suplicación 769/2013 (confirmada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2014, RCU 1807/2013), ó 5 de febrero de 2018 (suplicación 2129/2017), en base a que el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (tanto de la Ley 7/2007 como del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre) dice que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar debe desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, siendo esta la referencia por tanto para aplicar los artículos 4.1 y 4.2.b del Real Decreto 2720/1998, que dicen que el contrato de interinidad se puede celebrar para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en cuyo caso su duración es la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción, que en el caso de las empresas privadas no puede exceder de tres meses y en el caso de las Administraciones públicas debe coincidir con el tiempo que duren los procesos para la cobertura de las plazas, conforme a lo previsto en su normativa específica. La coincidencia de criterios en estos supuestos permitiría deducir que el límite máximo que siempre ha considerado el legislador como admisible y normal para los contratos temporales es el de los tres años.

Por tanto se aparecen a la Sala prima facie dos criterios objetivos posibles, extraídos de la legislación, sobre lo que debe entenderse como duración "inusualmente" larga. Uno llevaría a considerar que es la que supere los dos años y el otro a considerar que es la que exceda de los tres años. En este momento no es preciso optar entre ambos, porque en el caso que aquí analizamos ambos umbrales se habían superado, al alcanzarse los siete años y medio de duración.

Por consiguiente, cuando en un contrato de trabajo temporal se determine la duración de la relación laboral por referencia a una razón objetiva que no consista en una fecha, sino en un hecho o acontecimiento cuya



fecha de producción sea incierta, si se exceden los dos o tres años de duración (según la interpretación que finalmente se adopte) y el contrato, por sus características (formación exigida, naturaleza de los servicios, tipo de trabajo, etc.) no permite su diferenciación con un contrato fijo, dejará de existir una justificación razonable para la diferencia de trato. La única justificación aceptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la previsibilidad del fin del contrato que excluye la frustración de expectativas del trabajador y a partir del momento en que la duración pasa a ser "inusualmente larga", salvo que la fecha de terminación esté determinada con suficiente precisión, se diluye la justificación de la diferencia de trato basada en las expectativas. En tal caso a la finalización del contrato por las razones objetivas predeterminadas en el contrato habrá de abonarse la misma indemnización prevista en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores para las razones objetivas sobrevenidas, esto es, veinte días de salario por cada año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, con el límite de doce mensualidades de salario.

En conclusión, de todo lo anterior, la indemnización del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores habrá de abonarse a los trabajadores con contratos temporales, a la finalización de los mismos por la causa objetiva pactada como cláusula de temporalidad ab initio, siempre que concurren dos requisitos simultáneamente:

-Que la causa pactada no consista en una fecha cierta o en un hecho o acontecimiento que por sus propias características permita determinar desde el inicio con suficiente precisión la fecha de extinción;

-Que el contrato de trabajo en el momento de su extinción haya superado la duración de dos o tres años (según la interpretación que se adopte finalmente cuando sea preciso para resolver algún concreto litigio en el que sea relevante tal diferencia).

En el caso presente, aun cuando la causa de finalización del contrato (cobertura de plaza) fue la pactada ab initio, procede el abono de la indemnización, en los términos vistos, porque la fecha de finalización era imposible de determinar cuándo se suscribió el contrato y el mismo se prolongó de forma inusualmente larga, hasta alcanzar los siete años y medio. El recurso por tanto debe ser desestimado.

QUINTO.- Para terminar han de hacerse unas precisiones adicionales:

a) Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Moreira* y *Montero* parten de que las situaciones del trabajador fijo y del temporal son comparables cuando los requisitos de formación o naturaleza del trabajo no permitan diferenciar ambas figuras y ello obliga a un trato igual en todas las condiciones de trabajo, lo que incluye la indemnización por fin de contrato cuando concurren razones objetivas. Sin embargo, encuentra justificada la diferencia de trato indemnizatoria en base a la noción de "frustración de expectativas". Esa justificación solamente es a priori válida para justificar la diferencia de trato en lo relativo a la indemnización, no en relación con otras condiciones de trabajo, incluso cuando las mismas sean relativas a la extinción del contrato. Si se plantease la eventual justificación de una diferencia de trato en otras condiciones de trabajo relativas a la extinción del contrato (por ejemplo, en lo relativo al preaviso, o a otros requisitos de la extinción por causas objetivas que pudieran calificarse como "condición de trabajo", como pudieran ser la carta escrita, la simultaneidad en la puesta a disposición de la indemnización o la improcedencia en el caso de incumplimiento de requisitos formales) habría que analizar la situación con criterios específicos para la misma.

b) El derecho indemnizatorio del artículo 53.1.b del Estatuto de los Trabajadores nace cuando la extinción es lícita y así ha de aplicarse también en los casos en los que debe reconocerse a los trabajadores temporales. Cuestión distinta es que el despido pudiera declararse ilícito, con las consecuencias legales inherentes de improcedencia o nulidad, por incumplimiento de la normativa específica reguladora en el Derecho interno español de las modalidades de contratación temporal o por las causas previstas en nuestro Derecho. En consecuencia, cuando se produce la extinción por razones objetivas indemnizable, el trabajador puede reclamar del empresario el abono de la indemnización no pagada por el procedimiento ordinario, con la única excepción relativa a las diferencias cuantitativas entre la indemnización reconocida por el empresario en la carta de despido y la pretendida (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de sentencias como las de 3 de noviembre de 2016, RCU 431/2014, 22 de diciembre de 2016, RCU 3458/2015 ó 24 de febrero de 2017, RCU 1296/2015). El impago total de la indemnización debe reclamarse por vía del procedimiento ordinario, mientras que las diferencias indemnizatorias litigiosas deben ser reclamadas en procedimiento de despido. El mismo criterio debe ser aplicable aquí, por lo que nada obsta al reconocimiento de lo pretendido en la demanda desde este punto de vista, si bien tampoco podría denegarse por tal motivo, dado que la inadecuación de procedimiento no ha sido planteada en el recurso de suplicación.

c) El reconocimiento de la indemnización del artículo 53.1.b absorbe, lógicamente, cualquier indemnización prevista legalmente de cuantía inferior que pudiera reconocerse al amparo del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.



d) La solución que hemos de dar a este supuesto es independiente de que la trabajadora sea considerada interina por vacante o indefinida no fija. Como hemos visto en este caso se superaron los límites de la contratación de interinidad por vacante fijados por esta Sala en base al tiempo previsto en la legislación para que la Administración ejecute la oferta de empleo público (tres años). No se plantea en el recurso, pero ello determinaría que la misma realmente no hubiera de ser considerada como interina por vacante, sino indefinida no fija. No vamos a entrar a analizar ahora esa problemática institución jurisprudencial, basada en la aplicación del artículo 23.2 a la contratación laboral por las Administraciones Públicas, que sin embargo ha sido negada por el Tribunal Constitucional en sentencias como las 281/1993 ó 132/2015 e incluso en ocasiones por el propio Tribunal Supremo, que en sentencia de 20 de octubre de 2015, recurso 172/2014 , fundamento jurídico undécimo, afirma literalmente: "Es reiterado criterio del Tribunal Constitucional que en los contratos laborales no se aplica el art. 23.2 CE (así, SSTC 86/2004, de 10/Mayo , FJ 4 ; 132/2005, de 23/Mayo, FJ 2 ; y 30/2007, de 15/Febrero , FJ 8)". El propio nombre de la institución ("indefinido no fijo") contiene un evidente oxímoron que revela su naturaleza intrínsecamente patológica, de imposible normalización legislativa como una figura de contratación habitual de las Administraciones, pese a que son miles los empleados públicos que hoy en día se encuentran en dicha situación. Lo cierto es que a los efectos que nos ocupan es irrelevante, porque ha venido a ser considerado un tipo de contrato temporal, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 2 de abril de 2018, recurso 27/2017) como por la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (auto de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C 86/14, León Medialdea), lo que significa que le es aplicable la Directiva 1999/70/CE y, por tanto, los mismos criterios que hemos fijado para las interinidades por vacante, de manera que el sentido del fallo no se alteraría por ello.

El fondo de la cuestión pasa por determinar si la válida finalización de un contrato de relevo determina el derecho a una indemnización económica conforme ocurre para los de obra y servicio y los eventuales y en su caso de qué cuantía, si la prevista en el art 49.1.c o la recogida en el art 53 ET para el despido objetivo, en tanto su diferente importe puede suponer un ilegítimo supuesto de discriminación entre contratos temporales y contratos fijos o indefinidos.

Y en cuanto a la primera cuestión, la STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010/1481) vino a reconocer que la finalización de un contrato de relevo entra dentro de los supuestos a los que el art 49.1.c ET reconoce una indemnización, pues se trata de supuesto de resolución por expiración del tiempo convenido y porque no cabe realizar una interpretación extensiva de una norma restrictiva de derechos que sólo excluye de tal supuesto a los contratos formativos y los de interinidad. Así pues, y en principio, la finalización del contrato de relevo determinaría el derecho a una indemnización de 12 días de salario por año de servicio al amparo del citado precepto legal.

Y respecto a si la doctrina del TJUE contenida en la sentencia De Diego **Porrás** debe ser aplicada a todos los contratos temporales (de duración determinada, en terminología de la Directiva 1999/70), dando por sentada la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 , tal y como ya ha declarado el propio TJUE en anteriores resoluciones (sentencias de 12 de diciembre de 2.013, Caso Tarratú , y 15 de abril, de 2.008, C-268/06) por el carácter incondicional y suficientemente preciso para poder ser invocada por un particular ante los Tribunales nacionales, el contenido de la sentencia es claro y no deja margen de duda: a la primera pregunta proclama que la Cláusula 4 del Acuerdo Marco marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada " debe interpretarse en el sentido de que el concepto de condiciones de trabajo incluye la indemnización que el empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada ", de manera que ésta es una asimilación que alcanza a todos los temporales y no únicamente a los supuestos de interinidad (modalidad que se analizaba en el pleito en cuyo seno se planteó la cuestión prejudicial).

A tal conclusión se llega tras conjugar la " declaración " o respuesta de la sentencia (si se quiere, su parte dispositiva) con los párrafos 41 y 45 de la misma pues en el primero de ellos razona el TJUE que "... la diferencia de trato alegada, relativa a la concesión de una indemnización por finalización del contrato de trabajo, sería contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco salvo el supuesto de que las funciones desempeñadas por un trabajador como la recurrente en el litigio principal en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no se correspondieran a las de los trabajadores fijos, dado que dicha diferencia de trato estaría vinculada a situaciones diferentes ". Y en el segundo, que "... debe entenderse que el concepto de razones objetivas (...) no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo ".

En definitiva, al estar referida la respuesta del TJUE a todos los contratos temporales, nos encontramos ante un " acto claro " a efectos de excluir la necesidad del planteamiento de nueva cuestión prejudicial debido a la imposibilidad de realizar una " interpretación conforme " para supuestos como el que ahora se analiza, es



decir, la extinción del contrato temporal (de relevo) válidamente celebrado al venir fijada por la norma nacional [artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores] una indemnización de 12 días de salario por año de servicio.

SEXTO.- Sentado lo anterior, en el singular caso que nos ocupa nos encontramos ante un contrato de interinidad por sustitución de un liberado sindical suscrito el 22 de marzo de 2004 hasta su definitiva reincorporación o hasta la cobertura reglamentaria de la plaza. El 26 de agosto de 2009 se produce el cese del titular en la plaza por con, siendo su actividad el mantenimiento de la Escuela de Educación Infantil Apeninos de Guardocesión de traslado a otro puesto de trabajo, suscribiendo el actor una adenda a su contrato en cuya virtud ocuparía la plaza hasta que se produjera la reglamentaria cobertura de su puesto de trabajo o su amortización.

El puesto ocupado por Don Cirilo estuvo ininterrumpidamente incluido en el concurso ordinario de provisión desde el 27 de agosto de 2009 hasta que por Resolución de 11 de julio de 2016 el puesto fue adjudicado a Don Pablo , quien tomaría posesión el 13 de noviembre de 2017.

El día 3 de noviembre de 2017 el Gerente Territorial de Servicios Sociales formalizó la baja de Don Cirilo con causa: extinción de contrato: finalización del contrato.

En atención a los datos transcritos esta Sala comparte las conclusiones del juzgador pues si bien ha agotado de manera diligente la empleadora su deber de perseguir la reglamentaria cobertura del puesto de Don Cirilo , habiéndose incluido su plaza (en virtud de un contrato de interinidad por vacante) de manera ininterrumpida en el concurso abierto y permanente de la Junta de Castilla y León desde agosto de 2009 hasta noviembre de 2017 cuando a Don Pablo (trabajador fijo de la Junta) le fue adjudicada; no menos cierto es que es doctrina de nuestro Alto Tribunal sentada, entre otras, en Sentencia de 22 de febrero de 2018 (REC 68/2016) en la que se estudia la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1- b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato".

La doctrina, sentada por el Pleno de esta Sala, ha sido seguida posteriormente por SSTS 402/2017 de 9 mayo y 421/2017 de 12 mayo , entre otras. Y tanto en la STS 257/2017 cuanto en las que vienen aplicando su doctrina concurre un dato relevante: la persona que posee la condición de indefinida no fija ha podido participar en las pruebas convocadas para acceder a desempeñar, en régimen definitivo, la plaza ocupada por ella. Así, la citada de 9 mayo 2017 aplica "la doctrina que establece la reciente sentencia del Pleno de la Sala, de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015), que conoce de un supuesto idéntico al presente en el que se declaró ajustada a derecho la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza, habiendo reclamado la trabajadora en su demanda la calificación de ese acto extintivo como despido improcedente."

Atendiendo a lo dicho hasta ahora, el recurso es desestimado.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la Junta de Castilla y León el contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Palencia el 22 de marzo de 2018 , recaída en autos 572/2017, sobre despido, **ratificando** el fallo de la sentencia de instancia.

Se acuerda la pérdida de los depósitos y consignaciones practicados por el Ayuntamiento de León a los efectos del presente recurso, así como su expresa condena en costas por importe de 500 euros.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta Capital. Para su unión al rollo de su razón, librese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro de sentencias.

SE ADVIERTE QUE:

Contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a



esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en los números 2 y 3 del artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de **600,00 euros** en la cuenta núm. 4636 0000 66 1066/18 abierta a **no** mbre de la Sección 1ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Santander, acreditando el ingreso.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria desde otras entidades o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número 0049 3569 92 0005001274, código IBAN ES55, y en el campo concepto deberá contener los 16 dígitos que corresponden a la cuenta expediente indicado en el apartado anterior.

Asimismo, deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 221 en relación con el 230.2.C de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.