



Roj: **STSJ CANT 603/2018 - ECLI:ES:Tsjcant:2018:603**

Id Cendoj: **39075340012018100457**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2018**

Nº de Recurso: **745/2018**

Nº de Resolución: **874/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RUBEN LOPEZ TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA nº 000874/2018**

En Santander, a 17 de diciembre del 2018.

#### **PRESIDENTA**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MERCEDES SANCHA SAIZ**

#### **MAGISTRADOS**

**Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS (Ponente)**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA**

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY**, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Pedro contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. tres de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos se presentó demanda por D. Pedro , siendo demandado el Gobierno de Cantabria ,sobre Despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 27 de julio de 2018, en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO.-** Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º .- El demandante ha venido prestando sus servicios para el demandado desde el 28-2-2007 con categoría de operario de mantenimiento y salario bruto diario de 59,12 euros.

El contrato de trabajo suscrito fue de duración determinada de interinidad por vacante de la plaza que vino ocupando.

2º.- La plaza que el actor vino ocupando desde el 28-2-07 fue sacada a concurso de modo reiterado por el demandado sin que fuera ocupada. Finalmente, el 3-4- 18 esta plaza se ocupó reglamentariamente por el señor Salvador , quien superó las oportunas pruebas selectivas.

El 3-4-18 se extinguió el contrato de trabajo del actor por resolución de la Consejería de Presidencia de la misma fecha.

(el contenido del expediente tramitado se tendrá por reproducido de modo íntegro).

3º.- El demandante es delegado sindical desde el 5-6-17.



**TERCERO.-** En dicha sentencia se dictó el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por don Pedro contra el GOBIERNO DE CANTABRIA, absuelvo al demandado de la reclamación contra él formulada".

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos a la ponente para su examen y resolución por la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Al amparo del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se alega la vulneración, por falta de aplicación del artículo 49.1.b) , artículo 52.c) y e) en relación con el artículo 53.1.b del Estatuto de los trabajadores, así como d artículo 56 y 68 de ésta misma norma, de los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución Española, de los artículos 70, 8, 11 y concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público, del artículo 108.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, todo ello en relación con el artículo 6.4 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

Inaplicable la falta de expediente contradictorio por ser delegado sindical el actor, lo cierto es que tal alegación no puede tender efectividad, ya que no nos encontramos ante un despido disciplinario.

Como hemos expresado en otras resoluciones (por ejemplo, sentencia nº **733/2018**, de 31 de octubre del 2018. Rec. 592/2018 ), cuyos fundamentos transcribimos adaptados al caso, la cuestión, que está siendo objeto de mucha controversia y pronunciamientos de distinto tipo por los órganos judiciales, tras la sentencia de fecha 14-9-16 (C-596/14 De Diego **Porras**), no se encuentra en estos momentos cerrada, como lo evidencia que el propio Tribunal Supremo tiene formulada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial en estos momentos.

Intentando dar una respuesta sistemática a este tipo de litigio, que tanta inseguridad cuando no confusión genera entre los profesionales y ciudadanos, la Sala de lo Social de Cantabria entiende que debe distinguirse en la contratación de interinidad efectuada por las administraciones públicas, respetuosa con la causa, entre la contratación de interinidad por sustitución y la contratación de interinidad por vacante.

### **A) La finalización de la contratación de interinidad por sustitución no lleva aparejada indemnización.**

Aquellos contratos de interinidad formalizados por las administraciones públicas para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, y materializados como tales, no generan derecho a indemnización al margen de su duración, por no existir fraude alguno ni abuso de derecho, ya que no se le puede exigir a la Administración un comportamiento distinto antes al contrario, si extinguiera el contrato anticipadamente, sería calificado como una extinción sin causa y por lo tanto se reputaría despido improcedente. .

Es el caso -a modo de ejemplo- del contrato de interinidad para sustituir a un trabajador "liberado sindical" con reserva de puesto de trabajo, que se extingue muchos años después con el regreso del trabajador "liberado sindical".

Aquí, la sentencia del TJUE de fecha 14-9-16 (C-596/14 De Diego **Porras**) que generó mucha incertidumbre, ha sido dejada sin efecto por la sentencia del TJUE de fecha 5-6-18 (C-677/16 **Montero Mateos**) -que es la virtualidad directa de esta sentencia- .

En estos casos, donde no hay reproche al actuar de la Administración, es de aplicación la previsión legal del art. 49-1-b) y c) ET, lo que conlleva la no concurrencia de indemnización extintiva.

Y esto debe ponerse en relación con las denominadas "bolsas de trabajo temporal", paccionadas y comunes en las administraciones públicas para cubrir estas necesidades temporales de mano de obra -porque no puede exigirse contratación indefinida-, que buscan la protección de este personal favoreciendo su recontractación, y donde el añadido de una indemnización cuestionaría todo el sistema.

### **B) La finalización de la contratación de interinidad por vacante puede llevar aparejada indemnización.**

Aquellos contratos de interinidad formalizados por las administraciones públicas para ocupar la plaza mientras se convoca el proceso de selección y se cubre reglamentariamente ex art. 4-2 del R.D. 2720/1998, están sometidos al art. 70 EBEP, y es aquí donde se aprecia que puede concurrir una situación de abuso de derecho en fraude de la ley -concretamente respecto a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999- .

En la medida en que, a diferencia del contrato de duración determinada establecido en la cláusula 3 apartado 1 del Acuerdo Marco -caracterizado por el vencimiento a un término sobre el que las partes no deben manifestar



ya su voluntad-, el contrato de interinidad por vacante sí precisa la actuación posterior de una de las partes -la Administración- para su finalización, pueden producirse abusos temporales.

La cuestión ha sido examinada por las sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea de fecha 5-6-18, C-574/16 Grupo Norte Facility y C- 677/16 Lucía **Montero Mateos**, donde esta última indica (subrayado propio):

"60.- En efecto, se deduce de la definición del concepto de trabajador con **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, pudiendo constituir dicho término la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o, como en el caso de autos, el advenimiento de un acontecimiento concreto. De este modo, las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. 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.

61.- En cambio, la **extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el artículo 52** del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral. Como se deduce de las explicaciones del Gobierno español, recordadas en el apartado 58 de la presente sentencia y como subrayó, en esencia, la Abogado General en el punto 55 de sus conclusiones, el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores requiere que se abone a dicho trabajador despedido una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio, precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación."

Como en el caso analizado de la Sra. Almudena -con contrato de interinidad por vacante- pese a tener un contrato temporal concluido a término, no pudo prever esa duración inusualmente larga que dependía de la otra parte -la Administración-, entiende el TJUE que corresponde al Juzgado poder recalificarlo en contrato fijo: "64.- En el caso de autos, la Sra. Almudena no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente 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."

Y es que como indicaba la Abogado General en sus conclusiones (64, 65 y 66) de este asunto, es cierto que los principios del Derecho de la función pública -por ejemplo, el principio de inclusión en la correspondiente plantilla, el modelo de funcionario de carrera y la necesidad de superar un proceso selectivo para poder acceder a un trabajo de duración indefinida- no están exentos de consecuencias a la hora de aplicar en la práctica las disposiciones del Acuerdo marco, ya que éste reconoce expresamente que "su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas"; pero no todas las diferencias de trato entre trabajadores temporales y trabajadores fijos comparables pueden justificarse en bloque haciendo referencia a las particularidades sectoriales de la Administración pública, sino sólo aquellas en las que tales particularidades son auténtica y concretamente decisivas. Cuando no concurren estas particularidades sectoriales -por ejemplo por depender de la propia Administración-, el juez nacional está obligado a corregir el régimen legal en materia de indemnización de forma menos favorable en caso de finalización del contrato temporal, y ello por aplicación de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo.

### **C) La finalización de la contratación de interinidad por vacante lleva aparejada indemnización en nuestro ordenamiento jurídico cuando transcurren 3 años.**

Como se ha dicho, las particularidades sectoriales de la Administración pública para la contratación temporal deben tener un tope cronológico por imperativo de la normativa europea mencionada, dado que no es un término sobre el que las partes no deben manifestar ya su voluntad, sino que depende de una de ellas -de la Administración-.

En nuestro país ese tope no se ha recogido de una forma expresa -en la línea indicada por el apartado 3 de la cláusula 4 del Acuerdo Marco-, pero sí se ha venido a establecer de forma indirecta, y ese tope es el de los 3 años.

El art. 70-1 del Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) dispone que *las necesidades de recursos humanos, con asignación*



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

A su vez el art. 15-1-a ET también establece este plazo de 3 años como tope para *cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años -sin perjuicio de la ampliación paccionada-, y la consecuencia que prevé para el caso de que transcurra este plazo es que los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.*

Continuar con la contratación temporal transcurrido este plazo de 3 años, que el ordenamiento jurídico nacional reitera en distintos momentos como tope de la contratación temporal, sin que la Administración haya resuelto la cobertura de la vacante con personal fijo -ni haya amortizado la misma si así lo considerase por ello-, es lo que se le reprocha a la Administración, y es lo que se entiende que es un abuso de derecho en fraude de la legalidad que supone la Directiva 1999/70/CE del Consejo sobre el trabajo de duración determinada (cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco).

La consecuencia de este fraude -como indica el art. 6-4 CC- es la aplicación de la previsión legal que se ha intentado eludir, esto es, declarar el carácter de indefinido a esa relación laboral temporal, carácter que se modula -como es sabido- a la figura de "indefinido no fijo" en las administraciones públicas, por accederse al empleo público sin el filtro de los principios de igualdad, mérito y capacidad ( art. 103-3 CE).

**SEGUNDO.-** Alegada la vulneración de las sentencias de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015) y de 12 de mayo de 2017 (rec. 1717/2015), es cierto que la finalización legal -no despido- de la contratación de interinidad por vacante cuando ya es indefinido no fijo, es la prevista para el despido objetivo.

La respuesta indemnizatoria de la extinción por causa legal de un contrato indefinido no fijo quedó determinada por la sentencia del TS de fecha 28-3-17 (rec. 1664/2015), y es la propia de un despido objetivo -20 días por año trabajado con el tope de 12 mensualidades- por ser una situación similar la que se analiza.

En aquella sentencia se indicó que la figura del indefinido no fijo -aunque es una creación jurisprudencial- ya es recogida en el EBEP; que el origen de la figura del personal indefinido no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo: *"Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, ( art. 15-3 y 5 ET ), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad ( artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del EBEP), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad); que la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada ( por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET , pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo); y que ante la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza, en este sentido, acudiendo a supuestos comparables, a 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").*





**TERCERO** .- La aplicación de lo anteriormente expuesto al **caso de autos**, conduce a la estimación del recurso de suplicación y a la apreciación que se indica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2018 (Asunto **Montero Mateos**, c-677/2016) en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita.

El demandante fue contratado el 28-2-2007 para cubrir una plaza de operario de mantenimiento que quedó vacante (contrato de interinidad por vacante) y ocupó ese puesto hasta que el 3-4-2018 se le extinguió el contrato debido a que la plaza fue ocupada por un tercero) tras superar estas pruebas selectivas.

La actora no recibió indemnización alguna derivada de la extinción de la relación laboral.

Procede concluir que con dicho contrato se superó el tiempo que la Administración tenía para proceder a la cobertura de la plaza -3 años-. Al no hacerlo, y no acomodarse en dicha contratación temporal, cesaron las razones objetivas excepcionales que le otorgaba a la Administración para usar esta contratación temporal, y la misma devino abusiva en fraude de la normativa comunitaria destinada a limitar la contratación temporal; en concreto el principio de no discriminación, contenido en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada (celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo), y por el que no puede tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada.

Este extremo supuso que la naturaleza de la relación laboral temporal deviniera en una relación indefinida no fija, y la extinción de dicho contrato por causa legal como es la cobertura reglamentaria de la vacante supuso el derecho a obtener una indemnización de 20 días por año trabajado con el tope de 12 mensualidades, que es la no reconocida en la sentencia recurrida.

Esta conclusión es coincidente con la otorgada ya por esta Sala en la sentencia de fecha 29-11-17 (rec. 772/2017) que se cita en la sentencia recurrida, pero también con otra más reciente y posterior a la sentencia del TJUE de fecha 5-6-18 (C-677/16 **Montero Mateos**) como es la de fecha 26-6-18 (rec. 291/2018).

Por lo tanto, no existe despido nulo ni procedente, ya que el contrato, que devino indefinido no fijo, se extinguió por la provisión reglamentaria de la plaza, pero sí debe estimarse la pretensión subsidiaria de que se indemnice al actor en la cuantía correspondiente a 20 días por año de servicio.

Vistos los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Estimar, en su pretensión subsidiaria, el recurso de suplicación formulado por D. Pedro contra la sentencia de fecha de 27 de julio de 2018 (rec. 328/2018) dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander en el proceso de despido, seguido a instancia de D. Pedro contra Gobierno de Cantabria, revocando íntegramente dicha resolución y, en consecuencia, condenando al abono de la indemnización de 20 días por año de servicio en virtud de la extinción de su contrato de trabajo.

Pásense las actuaciones al Sr. Letrado de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

## Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito, suscrito por Letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social de Cantabria, dentro del improrrogable plazo de los **diez días** hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, con tantas copias como partes recurridas, y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.

## Advertencias legales

Si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia y no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena. Pudiendo sustituir dicha **consignación** en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.



El recurrente que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, deberá acreditar, mediante resguardo entregado en la secretaria de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar del siguiente modo:

Si se efectúa en una oficina del BANCO DE SANTANDER se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 3874 0000 66 0745 18.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES 55) 0049 3569 92 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 3874 0000 66 0745 18.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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 Sala.

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

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente que la suscribe, en la sala de audiencia de este Tribunal. Doy fe.