



Roj: **STSJ CANT 42/2019 - ECLI:ES:Tsjcant:2019:42**

Id Cendoj: **39075340012019100042**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2019**

Nº de Recurso: **840/2018**

Nº de Resolución: **37/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DE LAS MERCEDES SANCHA SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA nº 000037/2019

En Santander, a 18 de enero del 2019.

PRESIDENTA

Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ (Ponente)

MAGISTRADOS

Ilmo. Sr. D. RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS

Ilma. Sra. D^a. ELENA PEREZ PEREZ

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^a. Consuelo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. MERCEDES SANCHA SAIZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos se presentó demanda por D^a. Consuelo , siendo demandado el Instituto Cántabro de Servicios Sociales, sobre reclamación de cantidad, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 22 de octubre de 2018 , en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- Como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- La demandante viene prestando servicios para el demandado con categoría de auxiliar técnico socio sanitario desde el 18-8-11 en base a un contrato de interinidad puesto de trabajo NUM000).

El 19-3-18 esta vinculación concluyó por incorporación de una trabajadora que se adjudicó por concurso de méritos el puesto que venía ocupando la demandante.

El salario bruto diario percibido ha ascendido a 57,55 euros.

2º.- La demandada no ha abonado a la demandante la indemnización de 20 días por año de servicio.

3º.- El demandado sacó a concurso la plaza que ocupaba la demandante en dos ocasiones hasta 2012. Desde 2015, sacó a concurso esta plaza en 10 ocasiones. No se cubrió hasta 2018.

TERCERO .- En dicha sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por doña Consuelo contra el INSTITUTO CÁNTABRO DE SERVICIOS SOCIALES, 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 al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **Controversia y objeto del recurso.**

D^a. Consuelo ha venido trabajando para el Instituto Cántabro de Servicios Sociales (ICASS) desde el 18 de agosto de 2011, como auxiliar técnico socio sanitario, mediante un contrato de interinidad por vacante para cubrir el puesto nº NUM000 . Reclama la actora una indemnización de 20 días de salario por año de servicio (7.827,22 €), derivada de su cese por haberse cubierto conforme a los principios de mérito y capacidad la vacante que ha ocupado más de seis años (hasta el 19 de marzo de 2018) bajo la cobertura de un contrato de interinidad.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, de fecha 22 de octubre de 2018 , desestima íntegramente la demanda entablada, al descartar la existencia de fraude de ley o abuso de derecho en la contratación, concurriendo la extinción del contrato por cumplimiento del término al que estaba sometido. Sostiene que no existió fraude ya que el ICASS sacó a concurso la plaza en torno a diez veces y no se cubrió hasta el año 2018.

Disconforme la trabajadora con la aludida resolución judicial, interpone recurso de suplicación por medio de dos motivos -con correcto encaje procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS - para que se revoque o deje sin efecto la sentencia de instancia, reconociendo su derecho a una indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado o la que resulte procedente.

Ha sido impugnado por el Gobierno de Cantabria.

SEGUNDO .- **Sobre el derecho a una indemnización por la extinción.**

1.- Denuncia la actora, en el primero motivo del recurso, la infracción de la doctrina jurisprudencial plasmada en las SSTs de 28 marzo 2017 (rec. 1664/2015) y 12 mayo 2017 (rec. 1717/2015), en las que se reconoce - en caso de cese por cobertura de plaza de trabajadores indefinidos no fijos el sector público- el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año trabajado. Y en el segundo motivo, la doctrina del TJUE de 8 de junio de 2018 (C-677/16 , **Montero Mateos**), de la que se desprende dicho derecho indemnizatorio.

Procedemos al análisis conjunto de ambos motivos por su estrecha vinculación, dado que la cuestión central del recurso se concreta a decidir si la actora, trabajadora al servicio del Gobierno de Cantabria (ICASS) desde el 18 de agosto de 2011, en virtud de un contrato temporal de interinidad por vacante, debe ser indemnizada al extinguirse su contrato el 19 de marzo de 2018, como consecuencia de la finalización de la causa que dio lugar a la sustitución.

2.- En cuanto a la normativa de aplicación, el art. 49.1 ET señala las causas de extinción del contrato de trabajo, entre las que incluye:

" c) por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicios objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación".

En la actual disposición transitoria octava de la misma Ley se establece una aplicación gradual de ese módulo indemnizatorio, quedando en nueve para los concertados en 2012 y, así sucesivamente, un día más hasta los doce que se aplicarán sólo a los convenidos a partir del 1 de enero de 2015. Conviene resaltar que, según dispone el propio precepto, esa causa de extinción no opera de forma automática, sino que requiere que alguna de las partes denuncie el vencimiento del término o el fin de la obra o servicio, pues de no hacerlo así y mantenerse la prestación de servicios, el contrato se entiende prorrogado (no es preciso ahora que concretemos en qué términos).

Por su parte el artículo 70.1 EBEP , afirma respecto a la oferta de empleo público:

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



El Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada fue incorporado como anexo a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, cuyo objeto, según su art. 1, es aplicar el citado Acuerdo marco suscrito por las tres organizaciones interprofesionales mencionadas, ordenando en su art. 2 a los Estados miembros que pongan en vigor las disposiciones precisas para darla cumplimiento antes del 10 de julio de 2001, bien mediante normas legales, reglamentarias o administrativas o por acuerdos de los interlocutores sociales debidamente garantizados por el Estado.

La cláusula 4 del aludido Acuerdo Marco, titulada "principio de no discriminación", establece en su apartado 1º que:

" Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá 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, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas ."

En la cláusula 3 del Acuerdo Marco se definen los dos términos que se utilizan en la cláusula siguiente, señalando:

1."Trabajador con contrato de duración determinada": el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado; 2."trabajador con contrato de duración indefinida comparable": un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. En caso de que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro de trabajo, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales ".

Se trata de una Directiva que, en ese concreto extremo, contiene un mandato claro e incondicionado y, por ello, su incumplimiento genera un efecto de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico, que los particulares pueden invocar frente a los poderes públicos del Estado incumplidor (efecto vertical), como expresamente reconoce la jurisprudencia comunitaria y admite la nuestra, con primacía sobre nuestro derecho interno. En tal sentido, aunque referido a otra Directiva comunitaria, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015, de Sala general)

3.- De conformidad con las sentencias del TJUE de 8 de junio de 2018 (C-677/16, **Montero Mateos**), relativo a un contrato de interinidad por vacante, y (C-574/16, **Moreira Gómez**), referente a un contrato de relevo, no cabe apreciar en este caso un trato diferente por razones objetivas, ya que "la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva".

A esa misma conclusión ha llegado la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17, **Ministerio de Defensa y Diego Porras II**). En ella también se estima que el abono de la indemnización contenida en el artículo 49.1c) ET -indemnización de doce días para todos los contratos de duración determinada, a excepción del contrato de interinidad, para el que la norma laboral no prevé indemnización alguna- no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del acuerdo marco, esto es, prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada.

Dicha sentencia se plantea, igualmente, si resulta contraria al Derecho europeo la diferencia que el Derecho español lleva a cabo en la indemnización de los contratos de duración determinada cuando excluye de aquélla al contrato de interinidad. En este sentido, el TJUE concluye que la cláusula 5 del acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal (STJUE de 14 de septiembre del 2016, C-184/15 y C- 197/15, **Martínez Andrés y Castrejana López**). En consecuencia, "aun cuando el tribunal remitente constatará que el abono de la indemnización contemplada en el artículo 49.1c) LET constituye una medida destinada a evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada o una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5 del acuerdo marco, el hecho de que la concesión de esta indemnización se reserve a los casos de finalización



de los contratos de trabajo de duración determinada distintos de los contratos de interinidad sólo puede menoscabar el objetivo y el efecto útil del acuerdo marco si no existe, en Derecho español, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad".

En definitiva, la existencia de diferentes indemnizaciones e, incluso, la inexistencia de indemnización, como acontece en el contrato de interinidad, no resulta necesariamente contraria al Derecho europeo.

4.- La STS/4ª (Pleno) de 28 marzo 2017 (rec. 1664/2015), con cita de otras anteriores, aborda el caso de una trabajadora de ente público, indefinida no fija y convocado concurso oposición para cubrir la plaza que ocupaba, la misma participó sin éxito en ese concurso, en el que la plaza se adjudicó a una tercera persona que la ocupó. En ella se afirma:

"El debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas.

La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato".

En idéntico sentido se han manifestado las SSTS de 12 mayo 2017 (rec. 1717/2015) y 19 julio 2017 (rec. 4041/2015).

5.- También ya se ha pronunciado esta Sala de Cantabria en temas similares al ahora enjuiciado, entre otras, en SSTSJ CAN de 31 octubre 2018 (rec. 592/2018) y 23 noviembre 2018 (rec. 641/2018), ambas relativas a contratados de forma interina por el ICASS, en situaciones casi idénticas, contratos de interinidad por vacante -técnico socio sanitario-, que finaliza por cobertura reglamentaria de la plaza en 2018.

Afirma la primera de las citadas sentencias:

"No cuestionada ilegalidad alguna salvo la duración del contrato de interinidad por vacante, procede concluir que en dicho contrato se superó el tiempo que la Administración tenía para proceder a la cobertura de la plaza -3 años-. Al no hacerlo, y acomodarse en dicha contratación temporal, cesaron las razones objetivas excepcionales que le otorgaba a la Administración 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 la indemnización correspondiente -20 días por año trabajado con el tope de 12 mensualidades-".

6.- Respecto a la incidencia que en el abono de la indemnización tiene el hecho de que la plaza que ocupaba la actora fuese sacada a concurso en diez ocasiones y no se cubriera hasta el año 2018, el supuesto también fue examinado por esta Sala en la SSTSJ CAN de 23 noviembre 2018 (rec. 641/2018), en ella se dice:

"No considerándose suficiente, como en ellas, la mera referencia a la cobertura de la plaza que se hizo en el momento de la contratación, para que la trabajadora pudiera conocer la fecha en que el contrato llegaría a su fin. No constando, tampoco, aquí, 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. Ni a ello es obstáculo que se haya ofertado la plaza en convocatorias de méritos y a excedentes (hasta en 12 ocasiones). Puesto que en ningún caso, procedió la entidad, una vez desiertas, a ofertarlo a personal de nuevo ingreso que hubiera obtenido la cobertura reglamentaria de la plaza en un plazo menor y más cierto".

En consecuencia, procede por parte de esta Sala, mantener la misma doctrina que viene aplicando ante idénticos supuestos fácticos, al haberse superado, en cualquier caso, con la duración del contrato de la actora, los indicados plazos y por su larga e imprevisible duración, respecto del momento de la contratación.



Por ello, habiendo fijado la sentencia recurrida indiscutidamente los parámetros (antigüedad y salario de la actora), procede estimar el recurso y fijar la indemnización a percibir en función de los años de servicio, a razón de 20 días por año, en la cantidad de 7.673,33 euros, calculado sobre una retribución diaria de 61,67 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

F A L L O

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Consuelo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander de fecha 22 de octubre de 2018 (Proc. 426/2018), en virtud de demanda formulada por la recurrente contra la entidad Instituto Cántabro de Servicios Sociales, en reclamación de cantidad y, en su consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y condenamos a la expresada demandada al pago a la actora de 7.673,33 euros, en concepto de indemnización a la extinción de su contrato de trabajo, con efectos al 19 de marzo de 2018.

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 0840 18.

Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta bancaria (ES55) 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 0840 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ