

En Madrid a veintiocho de junio de dos mil dieciocho.

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 33, D. JOSÉ PABLO ARAMENDI SÁNCHEZ los presentes autos nº 991/2016 seguidos a instancia de Dña. LUCIA MONTERO MATEOS contra CONSEJERIA DE POLITICAS Y FAMILIA sobre Despido.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

**SENTENCIA Nº 260/18**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Se opuso la demandada por considerar que no ha existido despido sino finalización del contrato de interinidad tras la cobertura de la vacante que se ocupaba por el correspondiente proceso reglado, proceso que no se ha impugnado por la actora. Indica además que no se aplicaría al caso la STJUE de 14-9-2016 caso de Diego Porras que sólo tiene efectos para ese caso concreto.

La parte actora se ratifica en su demanda reitera que considera aplicable la STJUE indicada y subsidiariamente si no fuera así estima que se deberían aplicar los arts. 51 y 52 ET en relación con el art. 70 EBEP y como quiera que no se han cumplido las exigencias formales del art. 53 ET se trataría de un despido improcedente.

Con carácter previo a dictar sentencia se dicta la siguiente providencia el 5-12-2016:

*Finalizado el acto de juicio, oídas las partes y practicada la prueba, aprecio las siguientes circunstancias fácticas en el presente caso:*

*1.- D<sup>a</sup> Lucía Montero Mateos suscribió el 13-3-2007 con la actual Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid contrato de trabajo de interinidad para sustitución de trabajador fijo que con efectos de 1-2-2008 fue novado en contrato de interinidad para cobertura de vacante.*

*2.- La plaza que la Sra. Montero ocupaba estaba catalogada con el nº 16.332 y su contenido era la prestación de servicios como auxiliar de hostelería en la Residencia de Personas Mayores "González Bueno" de la actual Agencia Madrileña de*



*Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid.*

*3.- El 3-10-2009 se convocó un proceso extraordinario para la consolidación del empleo en plazas de auxiliar de hostelería en el marco de la Comunidad de Madrid. Tras la realización de las correspondientes pruebas objetivas de acceso, por resolución de 27-7-2016 de la Dirección General de la Función Pública de la Comunidad de Madrid se adjudican los destinos a los aspirantes que superaron el proceso selectivo.*

*La plaza 16332 que ocupaba la demandante fue adjudicada al Sr. Arias Ramos.*

*4.- El 30-9-2016 se le comunica por el Director de la Residencia de Personas Mayores “González Bueno” que en esa fecha dejará de prestar servicios con categoría de auxiliar de hostelería y plaza nº 16.332 por la finalización del proceso de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral y que venía ocupando interinamente*

*Tras llegar a la conclusión de que, conforme la narración de hechos que se acaba de detallar, la pretensión principal contenida en el suplico de la demanda debe desestimarse por las razones que se expresaran en la sentencia que en su día se dicte, aprecio, no obstante, que la solución que pueda darse a la pretensión subsidiaria exige de una interpretación del Derecho Europeo, en concreto de la Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco alcanzado entre la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora al ordenamiento comunitario por la Directiva 1999/70 del Consejo de la Unión.*

*Dicha interpretación es necesaria teniendo en cuenta que, a mi entender, la STJUE 14-9-2016 asunto C-596/14, caso de Diego Porras vs. Ministerio de Defensa, no despeja todas las dudas de este tipo de casos.*

*Es por ello, que sin perjuicio del redactado final, me propongo interrogar al TJUE, al que corresponde la interpretación autorizada de la referida norma.*

*La duda que se suscita es la siguiente:*

***La Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco alcanzado entre la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora al ordenamiento comunitario por la Directiva 1999/70 del Consejo de la Unión ¿debe interpretarse en el sentido de que la extinción del contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre el empresario y la trabajadora constituye una razón objetiva que justifica que el legislador nacional no prevea en tal caso indemnización alguna por fin de contrato, mientras que para un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año?***

*A tal efecto se confiere un plazo de cinco días a las partes para que se pronuncien acerca de la acerca de la idoneidad de tal decisión y realicen las alegaciones que sobre ella estimen oportunas y que se adjuntarán al Auto que finalmente se dicte.*

Recibidas dicha alegaciones se acuerda por Auto de 21-12-2016 plantear al TJUE la siguiente pregunta:



**La Cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco alcanzado entre la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada que se incorpora al ordenamiento comunitario por la Directiva 1999/70 del Consejo de la Unión ¿debe interpretarse en el sentido de que la extinción del contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre el empresario y la trabajadora constituye una razón objetiva que justifica que el legislador nacional no prevea en tal caso indemnización alguna por fin de contrato, mientras que para un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año?**

El 11-6-2018 se recibe en este Juzgado la STJUE dictada el 5-6-2018 C-677/16 que responde al interrogante en los siguientes términos:

**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, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, 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.**

Recibida dicha sentencia se acuerda por providencia de 12-6-2018 dar a las partes un plazo de alegaciones de cinco días para que se pronuncien acerca de su incidencia en la sentencia que ahora se va a dictar para poner fina en la instancia al procedimiento.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup> Lucía Montero Mateos suscribió el 13-3-2007 con la actual Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid contrato de trabajo de interinidad para sustitución de trabajador fijo que, con efectos de 1-2-2008, fue novado en contrato de interinidad para cobertura de vacante.

**SEGUNDO.-** La plaza que la Sra. Montero ocupaba estaba catalogada con el n<sup>o</sup> 16.332 y su contenido era la prestación de servicios como auxiliar de hostelería en la Residencia de Personas Mayores “González Bueno” de la actual Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid.



**TERCERO.-** El 3-10-2009 se convocó un proceso extraordinario para la consolidación del empleo en plazas de auxiliar de hostelería en el marco de la Comunidad de Madrid.

Tras la realización de las correspondientes pruebas objetivas de acceso, por resolución de 27-7-2016 de la Dirección General de la Función Pública de la Comunidad de Madrid se adjudican los destinos a los aspirantes que superaron el proceso selectivo.

La plaza 16332 que ocupaba la demandante fue adjudicada al Sr. Arias Ramos.

**CUARTO.-** El 30-9-2016 se le comunica por el Director de la Residencia de Personas Mayores “González Bueno” que en esa fecha dejará de prestar servicios con categoría de auxiliar de hostelería y plaza nº 16.332 por la finalización del proceso de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral y que venía ocupando interinamente

**QUINTO.-** La demandante percibía al momento de la extinción de su contrato un salario de 1.578,67 euros mensuales brutos con prorrata de pagas.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los hechos que se declaran probados no generaron controversia para las partes y se obtienen de los contratos de trabajo y demás documentación que obra en el expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** La cuestión prejudicial que para resolver la actual controversia se ha suscitado en estas actuaciones ante el TJUE, traía su causa en la precedente STJUE de 14-9-2016 C-596/14 caso de Diego Porras que a la segunda pregunta del TSJ de Madrid, contestó:

**La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización.**

**TERCERO.-** Las dudas interpretativas que provocó dicha STJUE esencialmente se vinculaban al juicio de comparación que se realizaba entre la extinción del contrato temporal por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción frente a la extinción de un contrato fijo por advenimiento de una causa objetiva. Se suscitaba así el interrogante de si no estaríamos frente a situaciones sensiblemente diferentes que pudieran recibir del legislador trato dispar.

El TJUE, en sentencia que dicta el 5-6-2018 asunto C-677/16 responde a este interrogante en los siguientes términos:



*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, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, 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.*

Y lo hace razonando que:

59 *A este respecto, es necesario señalar que la finalización del contrato de interinidad de la Sra. Montero Mateos, debido a que el puesto que ocupaba con carácter provisional se proveyó de manera definitiva tras el proceso mencionado en el apartado 20 de la presente sentencia, se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.*

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.*

**CUARTO.-** Ese mismo día el TJUE resuelve en asunto C-574/16 caso Grupo Norte que suscitó el TJS de Galicia.

La controversia giraba en torno a la extinción de un contrato temporal de naturaleza distinta, contrato de relevo, y la respuesta a la pregunta formulada fue la misma que en el caso anterior:



*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, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.*

**QUINTO.-** De ambas STJUE se concluye que la terminación de contratos temporales por vencimiento del término o advenimiento de la causa que dio lugar a su suscripción, no determina que a los trabajadores así contratados se les deba reconocer un mismo trato indemnizatorio que a los trabajadores fijos o temporales cuyos contratos se ven extinguidos por la concurrencia de una causa objetiva.

En consecuencia que pudiera corresponder a su finalización algún tipo de indemnización y cuál habría de resultar su cuantía, es cuestión que deberá resolverse conforme el ordenamiento nacional español que en tal sentido es homologable con la normativa europea.

**SEXTO.-** Ahora bien, la STJUE dictada resolviendo la pregunta suscitada por este juzgado introduce un relevante matiz en su razonamiento 64:

*En el caso de autos, la Sra. Montero Mateos 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.*

Con ello el TJUE no sólo contesta el interrogante sino que mandata al juez nacional para verificar si las circunstancias concurrentes en el caso: imprevisibilidad de la duración del contrato de interinidad y su duración inusualmente larga, no darían lugar a su recalificación como contrato fijo, lo que me obliga a reanalizar la controversia, dando la solución que corresponda, previa audiencia a las partes, con la presente sentencia.

Para ello es preciso dejar sentado que la solución al caso deberá darse aplicando el ordenamiento y jurisprudencia nacionales.

**SEPTIMO.-** Cuando el TJUE indica que la duración del contrato de interinidad suscrito por la Sra. Montero era de duración imprevisible debe entenderse que se refiere con ello a que se trata de un contrato cuya causa extintiva está prefijada al momento de su suscripción: cobertura de la plaza por sistema reglado y era en estos términos conocida por la trabajadora. Pero de lo que no era conocedora y quizá tampoco la empleadora al momento de comprometerse, era la fecha concreta en la que ese acontecimiento tendría lugar. Estamos, como perfila la STS de 24-6-14 rec. 217/13 ante una obligación no sujeta a una condición resolutoria, sino ante una obligación a término indeterminado en el momento de su constitución.



El dato por sí mismo no es relevante a efectos de la naturaleza temporal válida del vínculo, pues existen contratos temporales cuya extinción no puede preverse de forma clara y concreta a su inicio: los de interinidad, pero también los de obra o servicio.

Y existen otros contratos temporales cuya fecha término se conoce desde su suscripción: contrato relevo o contratos eventuales, por citar los más conocidos.

Obviamente, como indica la reciente STSJ de Castilla León, Valladolid, de 11-6-2018 rec. 833/18, distintas son las causas extintivas prefijadas al momento de la contratación, cuya concurrencia se acomoda a las previsiones y expectativas razonables sobre la duración del empleo (la Sra. Mateos sabía desde su contratación que con la cobertura reglada de la plaza su contrato terminaría), de las causas extintivas no previstas al momento de suscribirse el contrato y que aparecen de forma sobrevenida (tanto de tipo objetivo como las derivadas de incumplimientos contractuales imputables al propio trabajador).

Pero en ningún caso, aplicando la normativa nacional puede desprenderse argumento alguno que por razón de la imprevisibilidad de la fecha concreta de su extinción al momento de suscribirse el contrato de interinidad, conduzca a calificar el vínculo como fijo y no como temporal.

**OCTAVO.-** Debe entonces analizarse si el otro dato relevante indicado por el TJUE: su duración excesivamente larga, es elemento a considerar para una eventual calificación de fijeza del vínculo existente entre la actora y la CAM.

Como indica la STSJ de Castilla León referida, lo que se desprende de la STJUE es que debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya duración no puede precisarse de forma determinada al momento de suscribirlos.

Esto es el propósito de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70 cuando indica:  
*Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva.*

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

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

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

- a) se considerarán "sucesivos";*



*b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.*

Dicha cláusula se traspone al ordenamiento nacional con la Ley 12/2001, pero las novedades relevantes en orden a limitar un uso abusivo de la contratación temporal tienen lugar con la Ley 35/2010 que redacta nuevamente los arts. 15.1.a) y 15.5 ET y su acomodo a las AAPP dando una nueva redacción a la DA 15ª ET.

El art. 15.1.a) introdujo una limitación a la duración temporal máxima del contrato de obra o servicio, contrato de duración incierta al momento de suscribirse.

El resto de contratos temporales por su naturaleza y regulación ya cuentan con fecha cierta de terminación al momento de su suscripción, salvo el contrato de interinidad por sustitución, con fecha incierta vinculada al tiempo de ausencia del sustituido, art. 4.2.b) RD 2720/98, y el contrato de interinidad para cobertura de vacante en las AAPP, vinculado a la duración del proceso de cobertura, plazo que se limita a tres meses cuando se trate de procesos en el resto de empresas.

**NOVENO.-** En este contexto debe tenerse presente que conforme entre otras STJUE casos Merleasing o Dansk Industri el juez nacional debe interpretar su derecho propio de acuerdo al principio de interpretación conforme por tanto interpretando las normas nacionales de un modo coherente y compatible con las disposiciones comunitarias, a la luz del tenor literal y finalidad de las mismas (STJUE caso Océano C-240/98), o como se indica en la citada STJUE caso Maerleasing *el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva*

El principio de interpretación conforme impone al juez nacional tomar en consideración todo el ordenamiento propio para apreciar en qué medida puede aplicarse con un resultado conforme al derecho europeo (TJUE caso Van Colson) y sólo encontraría como límite una interpretación contra legem del derecho nacional (STJUE caso Pupino).

El principio de interpretación conforme impone por tanto la obligación de analizar el ordenamiento para verificar si nos ofrece un conjunto de disposiciones, que interpretadas a la luz y de conformidad con la directiva 1990/70, permita considerar que existen límites legales que se impongan a la duración excesivamente larga de los contratos de interinidad por vacante en el seno de las AAPP.

**DECIMO.-** En los contratos de interinidad por vacante la fecha de extinción es indeterminada pero sometida a una condición habilitante de su validez: que la vacante que se está cubriendo se ocupe a través de un proceso selectivo, que en el caso de las empresas privadas no puede durar más de tres meses, mientras que para las AAPP, la norma que regula este modelo contractual, el citado RD 2720/98 en su art. 4.2.b) no fija un término exacto, si bien precisa que su duración coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme la normativa específica.

En ningún caso, lo que sería además contrario al art. 1256 CC, la duración de la interinidad por vacante, se deja en manos de la mera voluntad de las AAPP.

La normativa específica que regula los procesos de cobertura de plazas de empleo público es el EBEP, regulado inicialmente con la Ley 7/2007 y actualmente con el RD Leg 5/2015.

En su art. 2 se establece su ámbito aplicativo que incluye a las Administraciones de las CCAA como es la CAM.





En su art. 8 se consideran empleados públicos al personal laboral ya sea fijo por tiempo indefinido (dato relevante como más adelante se verá) o temporal.

Y en su art. 11 se define a su personal laboral como *el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas.*

Remite por tanto el EBEP a la normativa laboral para fijar las modalidades de contratación.

En materia de planificación de recursos humanos sin perjuicio de las competencias propias de cada Administración Pública, el art. 69.1.e) del EBEP dispone que la previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la oferta de empleo público, será de acuerdo con lo establecido en el art. 70 que indica:

- 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.*
- 2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.*
- 3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.*

De esta normativa se obtienen dos conclusiones:

a.- la actuación de las diversas AAPP en materia de planificación de sus recursos humanos, plenamente descentralizada en lo referido a su dimensionamiento, debe no obstante desarrollarse dando cumplimiento a las previsiones del art. 70 EBEP: la provisión de plazas ha de realizarse mediante un proceso reglado de selección cuya ejecución debe desarrollarse en el improrrogable plazo de tres años.

Los términos “debe” e “improrrogable” son claramente definitorios del obligado respeto que los procesos para obtención de los recursos humanos precisos, deben necesariamente observar.

b.- Conforme dicho apartado 3, la OEP puede además contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos. Por tanto no se limita únicamente a servir de instrumento para la incorporación de personal de nuevo ingreso, sino también en consonancia con el art. 69 EBEP adoptar medidas de promoción interna que afecten a



plazas ya dotadas con independencia del régimen contractual conforme el que las mismas están siendo ocupadas.

**UNDECIMO.-** Pero también el art. 83 EBEP dispone que *La provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera.*

La OEP como mecanismo para la dotación de los recursos humanos que necesita la CAM se configura en el convenio colectivo (vigente en el momento de los hechos el de 11-3-2005) como el instrumento idóneo para las necesidades de personal laboral.

En su art. 11 se indica: (...) *Los puestos de trabajo dotados presupuestariamente formarán la plantilla que para cada ejercicio deba tenerse en cuenta a la hora de confeccionar la Oferta de Empleo Público.*

*En el plazo máximo de sesenta días a partir de la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid se fijarán, en el marco del Consejo Regional de la Función Pública, todas las vacantes correspondientes a ampliaciones de plantilla o creaciones de nuevos puestos de personal fijo, que deberán ofertarse a provisión interna en el transcurso del ejercicio y su resultado configurará la Oferta de Empleo Público de personal laboral del año siguiente, a la que podrían adicionarse las producidas durante el ejercicio por jubilaciones, bajas y excedencias.*

En su art. 13 se regula el régimen de provisión de los puestos de trabajo.

Se establece en primer lugar un régimen de provisión interna mediante concurso de traslado y una ulterior OEP indicándose en su apartado 3: *Oferta de Empleo Público.-Los puestos de trabajo de carácter fijo dotados presupuestariamente que no hubiesen sido cubiertos por el procedimiento de provisión interna previsto en este artículo, así como los liberados en el mismo, excepto las plazas de las categorías vinculadas a la promoción profesional específica, comprenderán la Oferta de Empleo Público de personal laboral.*

Estas previsiones del convenio se materializan en su DT 11ª que establece un plan de actuación para la consolidación del empleo comprensivo de tres fases sucesivas: concurso de traslado en el primer semestre de 2005, proceso de promoción interna para personal fijo en el primer cuatrimestre de 2006 y una última fase de concurso oposición que tiene lugar con la Orden de 3-4-2009 de la CAM, BOCAM 29-6-2009 por la que, base 2ª, *Se convoca proceso extraordinario de consolidación de empleo para la cobertura, mediante el sistema de concurso-oposición, de 1.414 plazas de personal laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Hostelería (Grupo V, Nivel I, Área C), correspondientes a las Ofertas de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para los años 1998-2004.*

A esta convocatoria a la que se accede tanto desde el turno libre como desde el de promoción interna se vincula la plaza que la demandante estaba cubriendo.

Por lo tanto, el empleo público que oferta la CAM comprende no sólo plazas de nueva creación (que, aun cuando nada se indica en este caso, podrían verse afectadas por limitaciones presupuestarias) sino todas aquellas ya dotadas cubiertas por procedimientos como la contratación de interinos para la cobertura de vacante y que deben sacarse a concurso en los plazos fijados en convenio que no superan nunca el plazo máximo fijado en el art. 70 EBEP y en consonancia con esta norma.



Sin embargo, la plaza se ocupa por su adjudicatario en el proceso de selección el 30-9-2016 por tanto 8 años y 10 meses después de la contratación de la actora como interina y 6 años y 11 meses después de que se convocara el proceso de cobertura.

No puede aceptarse que vía convencional se hubiera articulado un procedimiento para cobertura de OEP ajeno a la norma legal, al EBEP y en concreto a su art. 70 que como se ha visto establece como norma de obligada observancia para todas las AAPP que la provisión de plazas ha de realizarse mediante un proceso reglado de selección cuya ejecución debe desarrollarse en el improrrogable plazo de tres años.

Otra interpretación supondría desconocer el sometimiento de todas las AAPP a las reglas del EBEP y admitir que en este caso la CAM estaba facultada para promover una OEP sin verse sometida más que a su propia voluntad decisoria para fijar los plazos de convocatoria del proceso reglado de acceso a puestos públicos.

Una conclusión así que desajustaría el sometimiento de la CAM al EBEP no puede encontrar cobijo en una interpretación del convenio colectivo contraria a la norma legal, lo que no es factible conforme el sistema de fuentes de obligado respeto, art. 3 ET.

Además esa interpretación iría en contra de principio de interpretación conforme del derecho nacional. Para hacerlo concordante con las normas comunitarias, en concreto con la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70, es preciso admitir limitaciones en el uso de la contratación temporal para impedir su utilización abusiva, limitando como en dicha cláusula se indica *la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada*,

Se impone entonces la interpretación en favor de que los contratos de interinidad para cobertura de vacante no puedan excederse del plazo de tres años establecido en el art. 70 EBEP para la ejecución del proceso de selección.

**DUODECIMO.-** No obstante, debe reconocerse que la determinación de si el art. 70 EBEP resulta de aplicación a supuestos como el que se juzga y si la superación del plazo de tres años previsto en la norma para la ejecución de la OEP a la que el contrato de interinidad se vincula es cuestión que en la actualidad no se encuentra pacificada.

Existen al menos cuatro STS que se pronuncian a favor de esta conclusión STS 14-7-14 rec 1847/13, 15/07/14 -rec 1833/13, 10/10/14 -rec 723/13, y 14/10/14 -rec 711/13 A ellas se refiere la dictada por el Tribunal Supremo de 9-3-2017, rec. 2636/2015. También es relevante la reflexión de la STS de 5-7-2016 rec. 607/16 cuando considera que es imposible reconducir a la modalidad de interinidad un contrato en el que durante nueve años no se puso en marcha proceso de selección alguno

Pese a ello la más reciente doctrina de los TSJ no es uniforme y conviven en la actualidad las dos posiciones.

Las STSJ de Madrid de 23-3-2018 rec 1282/17, 16-3-2018 rec 1224/17 y 8-5-2017 rec 87/17 son exponente del criterio favorable al auspiciado por la CAM.



Sin embargo el mismo TSJ de Madrid en sentencias de 26-2-18 rec. 114/18 y 8-2-18 rec. 1012/17 considera aplicable el plazo máximo de tres años fijados en el art. 70 EBEP.

También así lo entienden las STSJ de Castilla León ya citada la de Castilla La Mancha de 20-3-2018 rec. 349/17 y Extremadura de 21-11-2017 rec. 558/17 y del TSJ de Galicia de 6-3-2018 rec. 4471/17 y de 14-3-2018 rec. 4348/17 (esta última entiende además que el argumento de que la OEP no pudo llevarse a cabo por limitaciones presupuestarias, no alegado en este caso que ahora se juzga, no es válido por cuanto la plaza que se ocupa por el interino ya estaba dotada presupuestariamente).

Este juzgador por las razones ampliamente expuestas con anterioridad comparte que los contratos de interinidad para cobertura de vacante tienen una limitación temporal máxima de tres años desde su concertación y hasta que ésta efectivamente se cubra conforme el procedimiento reglado de selección.

**DECIMOTERCERO.-** Si el contrato suscrito como temporal para la cobertura reglada de vacante en el seno de las AAPP a las que resulta aplicable el EBEP, no se extingue en el plazo previsto de tres años por el acontecimiento de la causa que justificaba su temporalidad, deja de acomodarse a la legalidad en tanto que contrato temporal.

La solución dada por la jurisprudencia para los contratos temporales suscritos por las AAPP que no se ajustaran a las previsiones legales que justificaban su naturaleza temporal pasa por la calificación de tales contratos como indefinidos no fijos.

Como ha recordado la STS de 12/05/2017 rec 1717/2015:

*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, números 3 y 5, del 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 Estatuto Básico del Empleado Público), 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*

Aun constituyendo el denominado contrato indefinido no fijo una creación jurisprudencial, posteriormente el legislador asume la solución jurisprudencial que armonizaba el uso abusivo de la temporalidad con las reglas de acceso a los puestos públicos reconociendo expresamente su existencia.

Así el EBEP en sus arts. 8.1.c) y 11.1, reconoce que el personal laboral de las AAPP puede ser fijo, temporal o por tiempo indefinido, calificaciones que se vinculan a la duración del contrato.

Tras la STJUE vinculada a este procedimiento ninguna duda cabría de que si el contrato entre las partes se pudiera calificar de temporal interino para la cobertura de vacante, su extinción por concurrencia en plazo de la causa determinante de su temporalidad, encajaría en las previsiones del art. 49.1.c) ET y no habría dado lugar a indemnización alguna en favor de la trabajadora.



En cambio la imposible validación dentro de la legalidad del contrato habido entre las partes como temporal de interinidad para cobertura de vacante y su recalificación como indefinido no fijo conduce a la conclusión que su extinción con causa en la cobertura extemporánea de la vacante, al apartarse del ordenamiento por no encajar en las previsiones del art. 49.1.c) ET, constituye una decisión extintiva unilateral del empleador, cuya impugnación ha de realizarse por la modalidad procesal de despido.

En este sentido STS de 5-7-2016 rec 607/16

**DECIMOCUARTO.-** La determinación de las consecuencias que derivan de calificar contraria a derecho la decisión de la demandada de dar por extinguida la relación con causa en la cobertura de la vacante ha dado a su vez lugar a numerosos pronunciamientos de los tribunales y también del TS no siempre uniformes.

Aun cuando en el caso que se juzga el contrato indefinido no fijo entre las partes estaba vinculado a una determinada vacante, debe tenerse presente que no necesariamente todo contrato indefinido no fijo cuya extinción se conozca por los tribunales, estará vinculado a una determinada vacante.

El supuesto lo analiza la STS de 2-4-2018 rec. 352/18 que deja abierta esa eventualidad, pero no cierra qué indemnización procede al momento de su extinción, cuestión que tampoco debe resolverse en esta sentencia porque escapa de su propia controversia, aunque es de interés dejarlo apuntado para otras posibles situaciones que en el futuro hayan de resolverse.

Tratándose de un contrato indefinido no fijo en el que se hubiera estado ocupando una vacante concreta se han distinguido dos supuestos: que el despido se produzca por amortización de la vacante o que se produzca por su cobertura.

Si se ha amortizado la vacante el criterio del TS es que en tal caso es preciso seguir el cauce procedimental previsto para los despidos objetivos se trate de despidos individuales o por superar el umbral se trate de un despido colectivo. En tal sentido STS de 5-7-2016 rec. 607/16 o 18-4-2018 rec. 415/18.

Pero si el cese del indefinido no fijo trae causa en que la vacante que ocupaba ha sido cubierta por el proceso reglado de selección, cuando éste se hubiera excedido del plazo legal máximo posible, el criterio que se sostiene por el TS desde la inicial sentencia en Sala General de 28-3-2017 rec 1664/15 hasta la más reciente de 22-2-2018 y todas las en ella citadas, es que la indemnización que procede alcanza los 20 días por año. Se reforma con ello el criterio previamente establecido en la STS de 7-11-2016 rec. 755/15.

El argumento fundamental que realiza el TS se condensa en éste párrafo:

*Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- 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, 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.*

Se trata de una solución innovadora, como lo fue en su día la “creación” del contrato indefinido no fijo y que implícitamente encierra la consideración de que la cobertura reglada de la vacante y su asignación al trabajador que se la adjudica en el proceso de selección provoca de facto una razón organizativa que imposibilitaría la permanencia del indefinido fijo ocupando la misma vacante adjudicada a otro trabajador con mejor derecho.

En otras palabras la cobertura de la vacante por el sistema reglado no permite objetivamente la permanencia del indefinido no fijo en dicha plaza porque su relación contractual deja de tener ubicación propia en la relación de puestos de trabajo, lo que justificaría su extinción indemnizada con parámetros equivalentes a un despido objetivo.

**DECIMOQUINTO.-** También es preciso resaltar que esta doctrina sostenida en las STS que se acaban de citar en el FJ anterior, hace referencia a que la extinción del contrato del indefinido no fijo por cobertura de la vacante que se ocupa, no constituiría propiamente un despido, sino la concurrencia de la causa extintiva prevista en el contrato.

La cobertura de la vacante justificaría por tanto la extinción del contrato indefinido no fijo, pero no por ello que dicha extinción estuviera carente de reparación indemnizatoria, que por las razones expresadas en la citada STS de 28-03-2017, se homologa a la fijada por el legislador para los despidos objetivos.

Ello tiene relevancia al momento de establecer el fallo que deberá limitarse a fijar la cuantía indemnizatoria conforme los parámetros indicados, pero sin declarar que la extinción del contrato constituye despido.

**DECIMOSEXTO.-** Todo este largo viaje conduce así a una paradoja final consistente en que desde un punto de vista material, aunque por razones legales y jurisprudenciales distintas, la STJUE caso de Diego Porras y la dictada en este procedimiento por resultar de aplicación al caso controvertido el razonamiento 64 sobre la relevancia de su excesiva y por ello injustificada duración, provocan las mismas consecuencias indemnizatorias.

**DECIMOSEPTIMO.-** Contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación conforme el art. 191.3.a) LRJS

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

**Estimo parcialmente la demanda formulada por D<sup>a</sup> Lucia Montero Mateos y condeno a la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid el 30-9-2016 a indemnizarla**



**con la suma de 10.082,44 euros con causa en la cobertura de la vacante que la actora ocupaba como indefinida no fija.**

**MODO DE IMPUGNACION:** Se advierte a la partes que contra esta Sentencia puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anunciándolo por comparecencia o por escrito en este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación y designando Letrado o graduado social colegiado para su tramitación. Se advierte al recurrente que no fuese trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, ni gozase del derecho de asistencia jurídica gratuita que deberá acreditar al tiempo de interponerlo haber ingresado el importe de 300 euros en la cuenta IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 con nº 2806-0000-61-0991-16 del BANCO DE SANTANDER aportando el resguardo acreditativo. Si el recurrente fuese Entidad Gestora y hubiere 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. Si el recurrente fuere una empresa o Mutua Patronal que hubiere sido condenada al pago de una pensión de Seguridad Social de carácter periódico deberá ingresar el importe del capital coste en la Tesorería General de la Seguridad Social previa determinación por esta de su importe una vez le sea comunicada por el Juzgado.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, el recurrente deberá aportar, el justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, conforme a los criterios establecidos en la citada norma en sus art. 7.1 y 2 , y en su caso, cuando tenga la condición de trabajadores, o con la limitación establecida en el art. 1. 3 del mismo texto legal.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Sr.Magistrado-Juez que la firma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

