



Roj: **STSJ M 3243/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:3243**

Id Cendoj: **28079340032017100174**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/03/2017**

Nº de Recurso: **621/2014**

Nº de Resolución: **181/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

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

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2013/0040127

Procedimiento Recurso de Suplicación 621/2014

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid Despidos / Ceses en general 923/2013

Materia : Despido

Sentencia número: 181/17-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a quince de marzo de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los **Ilmos. Sres.** citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 621/2014, formalizado por el Letrado D. ALBERTO DELGADO JIMENEZ, en nombre y representación de Dña. Delfina , contra la sentencia de fecha 05/12/2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 923/2013, seguidos a instancia de Dña. Delfina frente a CLECE SA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. /Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- Que la actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, con antigüedad reconocida por subrogación, de 25 de abril de 2006, con la categoría profesional de Limpiadora, percibiendo un salario mensual de 1.269,62 €, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que la relación laboral de la demandante se inició mediante la suscripción, el 25 de abril de 2006, de un contrato de trabajo de duración determinada, por interinidad, en el que se pacta (cláusula sexta) que el contrato de trabajo se celebra para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, y que el objeto contrato (cláusula adicional) "es suplir a la trabajadora Dña. Loreto por excedencia. Una vez incorporada la trabajadora el contrato quedará automáticamente rescindido".

TERCERO.- Que Dña. Loreto había comunicado a su empleadora, el 6 de abril de 2006, "que a partir del día 21 de abril de 2006, inclusive, pasará a la situación de excedencia forzosa, según dispone el art. 9 de la Ley Orgánica de 2 de noviembre de 1983, de Libertad Sindical, así como el art. 26 del vigente Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Madrid, art. 46.4 E.T. y normas concordantes. Motivado por haber sido nombrada Responsable de Elecciones Sindicales de la Federación Regional de Actividades Diversas de CC.OO. de Madrid.

CUARTO.- Que por carta, de 31 de mayo de 2013, Dña. Loreto notificó a la empresa demandada que en virtud de la excedencia forzosa que venía disfrutando hasta la fecha ponía en su conocimiento "mi reincorporación al puesto de trabajo con fecha de efectos del 7 de junio de 2013".

QUINTO.- Que por carta de 6 de junio de 2013 la demandada comunicó a la actora la finalización del contrato de trabajo ese mismo día, 6 de junio de 2013, como consecuencia de la expiración de la situación de excedencia de la trabajadora Dña. Loreto en esa fecha, quedando rescindida y sin efecto el contrato de trabajo, causando baja en la empresa a la finalización de dicha jornada laboral.

SEXTO.- Que no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores.

SEPTIMO.- Que en fecha 16 de julio de 2013, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia.

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

Que desestimo la demanda promovida por DÑA. Delfina, frente a la empresa CLECE S.A., en reclamación por despido, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra en este proceso, inexistente el despido alegado.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Dña. Delfina, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la Graduada Social Dña. Susana Guerrero Rubio, en nombre y representación de CLECE SA.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 30/07/2014, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio. Por providencia de 04/03/2015 se suspendieron las actuaciones a la espera de la resolución de cuestión de prejudicialidad planteada por esta Sala ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SÉPTIMO: Por providencia de 16/01/2017 se señaló el día 24/01/2017 para los actos de votación y fallo.

OCTAVO: Por providencia de 08/02/2017 se dio traslado a la partes para que alegasen sobre la posible aplicación al litigio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala décima) de fecha 14/09/2015. Habiendo presentado escritos el Letrado de la demandante y la Letrada D^a. Ester Ortega Sánchez, en nombre y representación de la empresa demandada.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO: Frente a la sentencia de instancia se alza en suplicación la actora articulando un motivo único en el que por el 193 c) de la L.R.J.S. denuncia la infracción de los artículos 8 y 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 4 del Real Decreto 2720/98 , razonando que en el contrato de interinaje pactado no se concretó la causa de sustitución y por ello el contrato es nulo y la actora era fija a la fecha de la extinción, existiendo un despido que debe reputarse como improcedente. El motivo carece de base como se desprende del incombato relato fáctico, no existiendo duda alguna respecto al objeto de la sustitución (hecho probado segundo). Ahora bien como el supuesto es similar al que resolvió nuestra Sentencia nº 613/2016 de 05/10/16 como consecuencia de la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14/09/2015 de hecho este procedimiento se suspendió a la espera de tal respuesta europea , se ha dado audiencia a las partes "para que aleguen sobre la posible aplicación al litigio de la sentencia del TJUE (Sala décima) de 14/09/2015" solicitando la actora como petición subsidiaria a la principal que deriva del motivo ya rechazado que "se conceda el derecho a percibir la indemnización de 20 días por año trabajado como consecuencia de la finalización de la prestación de servicios" y alegando la demandada con cita de la Sentencia 1798/2016, de 16 de noviembre de 2016, del TSJA, Sala de lo Social, Recurso nº 1539/16 , que, como las Directivas de la Unión Europea no tienen efecto directo horizontal entre particulares excepto en los casos que desarrollen normas discriminatorias (que no incluye en sentido propio el tratamiento diferente entre trabajadores fijos y temporales) y no cabe una interpretación conforme del artículo 19.1.c) del Estatuto de los Trabajadores dados los términos del mismo, debe ser el Estado y no la empresa la que pague la indemnización por "incorrecta transposición de la Directiva 1999/1970". Se trata de una sentencia referida a un contrato temporal distinto al de interinaje, con una regulación legal totalmente diversa y por ello, y en principio, ajena al ámbito de la Sentencia del TJUE referida. La doctrina que fijamos en la sentencia anterior la fija el fundamento de derecho tercero en los siguientes términos:

«Sentado lo anterior, en el caso de la actora nos encontramos en un supuesto de temporalidad con "tempus" no acotado y de previsibilidad incierta hasta el extremo de que la duración del contrato se ha extendido a más de siete años, acaeciendo la extinción contractual en virtud de una causa objetiva -en el sentido de no reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad empresarial- con una estructura causal análoga a las que el artículo 52 del ET denomina "causas objetivas", en cuanto a su través se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral. En efecto no es solo que la causa extintiva sea ad initio temporalmente indeterminada, pues la incorporación de la trabajadora sustituida se ha producido al margen de su voluntad de regreso o del término de la vigencia de su cargo representativo, desde la perspectiva de las condiciones vigentes a la fecha del pacto contractual sino que ha tenido lugar en virtud del hecho, totalmente impredecible, de la entrada en vigor de una urgente reforma legislativa que cercenó drásticamente el número de liberados sindicales en el sector público, de modo que la extinción del contrato ha sido corolario de la previa amortización de un puesto de liberada sindical, evento indubitadamente sobrevenido; aunque debemos matizar el carácter, en cierto modo irrelevante de esta circunstancia a los efectos litigiosos, en cuanto de no haberse producido tal acontecimiento el contrato de la actora hubiera continuado en el tiempo hasta ocupar, potencialmente toda su vida laboral activa .

Nuestra ley al autonomizar ciertas causas objetivas como instrumentos de la contratación temporal aboca al pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realizan similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue. La cuestión no estriba en la consideración de que las causas del artículo 52 precitado sean aplicables al contrato de interinidad - que lo son - sino que la causa extintiva que se ha aplicado, conforme a la ley española, a la actora, negándole así cualquier derecho indemnizatorio, no le sería de aplicación si su contratación no fuera temporal, en cuyo caso tendría siempre, al menos, un derecho indemnizatorio de 20 días de salario por año trabajado si en la empresa se produjera la situación de exceso de trabajadores en relación con los puestos de trabajo reales desde la perspectiva de la productividad mercantil .

Así pues siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, hemos de estar a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo y así lo ha apreciado el citado Tribunal que lo afirma en el apartado 44 de la sentencia, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su



contrato por causas objetivas, esto es veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, porque la extinción, conforme se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación.

Por tanto hemos de estar a lo que establece el artículo 123 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en su apartado 1

Si la sentencia estimase procedente la decisión del empresario, se declarará extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido.

siendo doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 7-2-2012, rec. 649/2011, que:

el sistema legalmente establecido para la extinción contractual por causas objetivas - art. 53.1 ET - impone tres requisitos para la validez formal de tales ceses (comunicación escrita; puesta a disposición de la indemnización; y concesión del plazo de preaviso de un mes o alternativo abono de los salarios correspondientes a dicho periodo), y la posible elusión legal de la simultánea puesta a disposición -con la comunicación extintiva- de la indemnización y del importe correspondiente al preaviso no observado tiene la exclusiva finalidad de evitar el pronunciamiento de nulidad que en principio comportaría el incumplimiento de aquellos requisitos (art. 53.1.4 ET), hasta el punto de que la propia norma se cuida de disponer (inciso final del apartado segundo del art. 53.1.b) ET) que tal exención de simultánea puesta a disposición se entiende «sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél (el empresario) su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva»; mandato que ha de complementarse con el efectuado por el art. 53.5.a) ET, respecto de que cuando la autoridad judicial califique como procedente la extinción, «el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista..., consolidándola de haberla recibido», con lo que resulta razonable colegir que de no haberla percibido, la declaración de «consolidación» habrá de ser sustituida por la de condena a su abono. Y aunque en teoría pudieran suscitarse dudas -que en principio no compartimos, a la vista de la redacción del precepto- respecto de si en todo caso procedería efectuar de oficio un pronunciamiento judicial sobre tal débito, lo que se presenta inequívocamente claro es que solicitado el mismo por el trabajador (es el supuesto de las decisiones contrastadas), la sentencia que declare la procedencia de la extinción por la concurrencia de causa legal, en todo caso ha de acoger la pretensión subsidiaria sobre condena al abono de los conceptos (indemnizatorio por el cese; y resarcitorio por el preaviso incumplido) todavía no satisfechos, puesto que legalmente procede, conforme se ha indicado, y con ella no se incurre en indebida acumulación de acciones, al tratarse de una consecuencia legalmente prevista para la procedencia del despido por causas objetivas.»

Lo primero que hemos de decir es que, si bien es cierto que nuestra sentencia anterior tenía como empresa demandada al propio Estado personalidad jurídica única del que es un simple órgano el Ministerio de Defensa, la concreción de la no aplicación horizontal de las directivas entre particulares que se alega admite matices cuando se proyecta en relaciones jurídicas verticales como es sin duda la relación laboral, de modo que, subsumiendo el efecto aplicativo en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos plantearnos si la exigencia de reclamación al Estado debemos "cargarla" en la parte débil, jurídicamente tutelada por nuestro ordenamiento jurídico, como es el trabajador o proyectarla en el empresario aplicando un principio jurídico de nuestro ordenamiento jurídico del que es expresión "ad exemplum" el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores.

La STS 08/06/16 (Recurso 207/150) desarrolla la doctrina de la STS /03/15 (Recurso 2057/14) sobre la eficacia directa de las directivas comunitarias solo al Estado miembro que elige la forma y medios de esta aplicación reconociendo no obstante la eficacia directa reaccional cuando se trate de prescripciones suficientemente precisas y no se haya procedido a su transposición. Se indica en la sentencia que la eficacia directa entre particulares procede desde luego en el marco de un derecho fundamental como el de no discriminación y ello al margen de la doctrina de la interpretación conforme que aborda con flexibilidad la STS de 17/10/16 (Recurso 36/16) siguiendo una interpretación enfocada a la finalidad prevista en la directiva, lo que en el supuesto litigioso es posible si atendemos a la necesidad de completar la lacónica previsión del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores que excluye, sólo respecto a los interinos, la indemnización por doce días de salario por año referida a los demás temporales, pero que no empece a la aplicación complementaria de la aplicación de la doctrina del TJUE que cubre un caso diverso, no contemplado en el Estatuto de los Trabajadores y que dimana del pronunciamiento de la Sentencia de 14/09/2015 del TJUE (Sala décima) que ha dicho:

"1) 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 el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

2) 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."

En el presente caso, la discriminación del trabajador interino es demasiado intensa para relativizarla con el endulzamiento conceptual de la discriminación impropia. El interino es objeto de un tratamiento desigual respecto al trabajador fijo y respecto a cualquier otro trabajador temporal (y la doble discriminación no ha pasado inadvertida al TJUE pese a la consideración de cierto sector doctrinal y judicial de que el tribunal europeo no ha entendido, quizás por mala exposición de este Tribunal, la, al parecer, sofisticada legislación patria que simplemente separa la causa pactada de la causa sobrevenida. Vamos a ser gráficos: ningún trabajador que como la actora ha prestado servicios ininterrumpidos durante más de siete años desde el 25/04/06 al 06/06/13 puede ver por causa ajena a su voluntad extinguido su contrato a iniciativa empresarial sin indemnización alguna. El trabajador por obra o servicio determinado, por ejemplo, a partir de los tres o cuatro (máximo) años de contrato adquiere la condición de fijo y, por ello, el derecho indemnizatorio de esta condición (artículo 15.a) del Estatuto de los Trabajadores). Los eventuales en un plazo todavía más corto (artículo 15.b) del Estatuto de los Trabajadores).

Indemnizar a la actora con doce días por año sería discriminarla respecto al resto de los temporales. El contrato de interinaje es pues el instrumento por el que nuestra sofisticada legislación permite, a través del pacto de una temporalidad atemporal, privar a los trabajadores del derecho indemnizatorio que, si no fueran objeto de tal pacto, devengarían sin duda. Y superar esta doble y por lo tanto fuerte discriminación exige que apliquemos el parámetro indemnizatorio como hicimos en la anterior sentencia.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso y manteniendo la extinción del contrato condenamos a la demandada a pagar a la actora, por tal extinción, la indemnización de 5.977,3 €. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala. Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia. **MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0621-14 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que



ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0621-14.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 28/03/2017 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ