



Roj: **STSJ M 4913/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:4913**

Id Cendoj: **28079340052017100252**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **24/04/2017**

Nº de Recurso: **109/2017**

Nº de Resolución: **253/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 109/17-LO

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34016050

**NIG** : 28.079.00.4-2016/0044643

**Procedimiento Recurso de Suplicación 109/2017**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Despidos / Ceses en general 952/2016

**Materia** : Despido

**Sentencia número: 253**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veinticuatro de abril de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 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 109/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MARIA JOSE AHUMADA VILLALBA en nombre y representación de D./Dña. Lidia , contra la sentencia de fecha 13 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número 952/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Lidia frente a AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL (CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID), en reclamación por Despido, siendo Magistrado-



Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. ALICIA CATALA PELLON, 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:

"1)-La actora D<sup>a</sup> Lidia comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada LA CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID con fecha 27-1-89, con la categoría profesional de auxiliar doméstica (auxiliar de hostelería) y con un salario mensual de 1.666,89 euros brutos con prorrata de pagas extras.

La actora viene prestando servicios en la Residencia de Personal Mayores Francisco de Vitoria.

2)-Ambas partes habían celebrado diversos contratos temporales desde el 27-1-89 hasta el 28-1-94, tal como consta en el hecho 2º de la demanda, que se da por reproducido.

La empresa le reconoce una antigüedad desde el 1-10-96, teniendo reconocidos 6 trienios.

3)- En fecha 20-3-98 celebraron un contrato de interinidad vinculado a la vacante 16.962 de la OPE 1999, que finalizó el 19-6-02. Y en fecha 21-6-02 celebraron, al parecer, un nuevo contrato a de interinidad para cobertura de la vacante 16.962 vinculada a la misma OPE 1999 (según informe de vida laboral).

4)-Por Orden de 3-4-09 de la Consejería de la Presidencia, Justicia e Interior (BOCAM 29-6-09) se procede a convocar un proceso extraordinario de consolidación de empleo de carácter laboral para plazas de auxiliar de enfermería.

Mediante resoluciones de la Dirección General de la Función Pública de fechas 22, 27 y 29 de julio de 2016 (BOCAM 2-8-16), se procede a la adjudicación de los destinos procedentes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral, de las categorías profesionales de DUE, auxiliar de hostelería y auxiliar de enfermería, respectivamente.

5)-Por carta de efectos del 30-9-16 la entidad demandada le notifica la extinción del contrato de trabajo por cobertura de la vacante en la que prestaba servicios la actora, haciendo constar que se había cubierto por ella misma.

6)-Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el Convenio colectivo del personal laboral de la CCAA de Madrid 2004-07, en cuyo art. 13 se regula el Régimen de provisión en los siguientes términos:

"1. Con carácter previo a su inclusión en la Oferta de Empleo Público serán ofertadas en régimen de provisión interna, con arreglo al procedimiento establecido en el presente artículo, las vacantes existentes.

La comisión paritaria determinará, en su caso, la incorporación directamente a la Oferta de Empleo Público de las vacantes producidas por incremento vegetativo de plantilla, entendiéndose por estas últimas las relativas a jubilaciones, excedencias, renunciadas y demás situaciones de baja de carácter análogo. De no llegarse a acuerdo en comisión paritaria se proveerán en primer término en régimen de provisión interna todas ellas.

La Comunidad podrá reservar para su provisión por convocatoria libre, sin someterse a los turnos fijados en este artículo, los puestos que requieran cualificación exigida por la innovación tecnológica, reorganización administrativa o inicio de nuevas actividades. La Comunidad deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la utilización fundamentada de esta reserva. En caso de desacuerdo, será la comisión paritaria la encargada de resolver las diferencias, de conformidad con los métodos establecidos para la resolución de las mismas.

Con carácter general podrán tomar parte en los turnos de provisión interna aquellos trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio con relación jurídico- laboral de carácter indefinido y que se encuentren en situación de servicio activo o con el contrato suspendido con reserva de puesto. En el concurso de traslado podrán tomar parte, asimismo, los trabajadores en excedencia voluntaria con derecho a reingreso previa solicitud del mismo."



7)-La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.

8)-Se agotó la vía previa administrativa".

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

"Que desestimando totalmente la demanda de despido interpuesta por D<sup>a</sup> Lidia frente a LA CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte D./Dña. Lidia , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**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 13/02/2017, 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, señalándose el día 19/4/2017 para los actos de votación y fallo.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia de instancia, ha desestimado la demanda en la que la actora, personal laboral con categoría de auxiliar de cocina contratada por la Residencia para Mayores Francisco de Vitoria desde el 27 de enero de 1989, a través de los quince contratos temporales y los cuatro de interinidad, cuyas respectivas duraciones desglosa en el hecho segundo de la demanda (un total de 8.981 días), formula contra la Consejería de Familia y Políticas Sociales, como consecuencia de la comunicación extintiva recibida en fecha 30 de septiembre de 2016, que, para la actora, equivale a un despido, por cuatro razones fundamentales:

1.- En primer lugar, porque realmente ha adquirido la condición de trabajadora indefinida, desde el momento en el que la Comunidad de Madrid, ejecutó la oferta pública de empleo correspondiente al año 1999, más allá del plazo improrrogable de tres años.

2.- En segundo lugar, porque la comunicación de fecha 30 de septiembre de 2016, se ha dirigido por la Comunidad de Madrid a un número de trabajadores no inferior a treinta, por lo que se han superado los umbrales numéricos establecidos en el artículo 51 del ET y en consecuencia, debió haberse tramitado un despido colectivo.

3.- En tercer lugar, porque siendo una trabajadora indefinida y no fija y no existiendo causa habilitante para el cese, éste debe calificarse como despido improcedente.

4.- En cuarto lugar, porque la trabajadora ha venido desempeñando las mismas funciones que corresponderían a un trabajador de su misma categoría y destino, y por lo tanto es de aplicación la previsión contenida en el artículo 15.5 del ET , dado que ha estado contratada un periodo superior a veinticuatro meses dentro de treinta meses.

Finalmente concluye en el sentido de que, en el caso de que la extinción de su contrato se considere como un despido, tendrá derecho a la indemnización prevista en el artículo 53.1 b) del ET , de 20 días por año de servicio, de conformidad con la Sentencia del TJUE de fecha 14 de septiembre de 2016 .

Como bien se sabe, dicha sentencia dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Sección Tercera de este Tribunal mediante Auto de 9 de diciembre de 2014 , en el asunto planteado por Doña Berta trabajadora interina del Ministerio de Defensa, en el que, ante su cese por reincorporación de la trabajadora con el contrato suspendido por razón del ejercicio de funciones sindicales durante siete años y a la que aquélla sustituía, se planteó si era o no conforme al derecho comunitario la ley española, que no prevé indemnización en caso de extinción del contrato de interinidad, cuando sí la prevé en el caso de extinción de un contrato indefinido por circunstancias objetivas.

El TJUE asienta su fallo en la proscripción de diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato indefinido que se encuentren en situación comparable, salvo que existan circunstancias objetivas que justifiquen la diferencia, sin perjuicio de reconocer que pueden existir diferencias de trato entre determinadas categorías con contratos temporales lo que permite que la indemnización, en caso de que se extingan, pueda no ser igual considerando que en aquél caso la situación de la demandante era comparable a la de una trabajadora fija al efectuar un trabajo análogo o idéntico, siendo relevante que durante siete años hubiera ocupado el mismo puesto que antes desempeñaba la trabajadora



sustituida e indefinida y siendo así, considera que el artículo 4 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70, se opone a nuestra normativa cuando ésta deniega una indemnización por la finalización de contrato de interinidad, cuando la contempla si fuera un trabajador fijo comparable.

**SEGUNDO** .- La sentencia de instancia, después de una ilustrativa exposición de la normativa y de la doctrina jurisprudencial que pudiera resultar aplicable a la litis, razona en el fundamento tercero, lo siguiente:

1.- Que aunque la trabajadora pudiera ser considerada como indefinida, por rebasarse el plazo de tres años previsto en el artículo 70 del EBEP, su cese, en todo caso, fue conforme a derecho, al haberse producido por cobertura reglamentaria de la plaza.

2.- En segundo lugar, que aunque haya estado contratada más de veinticuatro meses dentro de un período de treinta, las consecuencias que la para la superación de dicho plazo prevé el apartado quinto del artículo 15 del ET, no son de aplicación a esta trabajadora, porque era una trabajadora interina y los contratos de interinidad están excluidos de las previsiones del artículo 15.5 del ET.

3.- Y finalmente, porque si la extinción del contrato es conforme a derecho, no hay despido y la pretensión subsidiaria de condena de la Comunidad de Madrid al abono de una indemnización de veinte días, en sintonía con la STJUE de 14 de diciembre de 2016, tampoco puede prosperar, porque no procede en este procedimiento por despido, acumular diferencias de indemnización derivadas de la extinción del contrato, que solo pueden dilucidarse a través del procedimiento que corresponda.

**TERCERO** .- Dicho pronunciamiento, ha sido recurrido en suplicación, por la representación Letrada de la demandante a través de tres motivos, impugnándolo la de la Comunidad de Madrid.

En el primero de ellos, se denuncia la infracción de los artículos 70 y Disposición Transitoria del EBEP, 4 del RD 2720/1998, 15.3 del ET y 6.3 del Código Civil.

Señala de este modo, que la sentencia no concreta qué consecuencias anuda a la declaración de la trabajadora como indefinida no fija por haberse rebasado el plazo de tres años previsto en las dos primeras normas citadas como infringidas, considerando que el contrato del interino que haya superado el plazo de tres años, deviene indefinido no fijo y su vacante ya no puede vincularse a la Oferta de Empleo Público a la que se sujetó el contrato inicial de la actora, sin que pueda pretenderse una ejecución intemporal de una OPE de 1999 hasta la Orden de 3 de abril de 2009. De este modo, la vacante que no se cubrió en el plazo legal de tres años, no debió haber quedado vinculada a una oferta, que carece de objeto.

En el segundo motivo, se denuncia la infracción del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 8 del RD 2720/1998, 51 y 52 del ET, argumentando que, al no quedar vinculada a la OPE de 1999 la plaza ocupada por la actora, nos encontramos ante un despido y que así lo ha declarado el Pleno del Tribunal Supremo en sentencia de 17 de octubre de 2016, en un caso de extinciones masivas de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid.

En el motivo tercero del recurso, se denuncia la infracción del artículo 26 de la LRJS, Directiva 1999/70 y 96 de la Constitución Española, al entender que nunca efectuó una acumulación indebida de acciones ya que al interponer la demanda por despido, existe causa para la condena de la Comunidad de Madrid al abono de una indemnización de 20 días por año, pues en ese mismo sentido se han pronunciado ya, tanto este mismo Tribunal, en sentencia de 5 de octubre de 2016, RS nº 246/2014, como el del País Vasco, mediante sentencia de 18 de octubre de 2016.

**CUARTO** .- Los hechos probados que no se combaten en la sentencia recurrida, así como la fundamentación jurídica con valor de hecho probado, permiten a la Sala partir de los siguientes datos:

La actora comenzó a prestar sus servicios en la Comunidad de Madrid con fecha 27 de enero de 89, con la categoría profesional de auxiliar doméstica (auxiliar de hostelería) y con un salario mensual de 1.666,89 euros brutos con prorrata de pagas extras.

Ambas partes habían celebrado diversos contratos temporales desde esa fecha hasta el 28 de enero de 1994, tal y como consta en el hecho 2º de la demanda, que se da por reproducido.

La empresa le reconoce una antigüedad desde el 1 de octubre de 1996, teniendo reconocidos seis trienios.

En fecha 20 de marzo de 1998, celebraron un contrato de interinidad vinculado a la vacante 16.962 de la OPE 1999, que finalizó el 19 de junio de 2002. Y en fecha 21 de junio del mismo año, celebraron, al parecer, un nuevo contrato de interinidad para cobertura de la vacante 16.962 vinculada a la misma OPE 1999.



Por Orden de 3 de abril de 2009, de la Consejería de la Presidencia, Justicia e Interior (BOCAM 29-6-09) se procede a convocar un proceso extraordinario de consolidación de empleo de carácter laboral para plazas de auxiliar de enfermería.

Mediante resoluciones de la Dirección General de la Función Pública de fechas 22, 27 y 29 de julio de 2016 (BOCAM 2-8-16), se procede a la adjudicación de los destinos procedentes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral, de las categorías profesionales de DUE, auxiliar de hostelería y auxiliar de enfermería, respectivamente.

Por carta de efectos del 30 de septiembre de 2016, la entidad demandada le notifica la extinción del contrato de trabajo por cobertura de la vacante (la sentencia añade que se hizo constar que se había cubierto por ella misma, lo que parece tratarse de un error, en tanto obra en las actuaciones que la plaza fue adjudicada por Resolución de 27 de julio de 2016, a Doña Nuria ).

**QUINTO** .- Como decíamos antes, el primer motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 70 y Disposición Transitoria del EBEP , 4 del RD 2720/1998, 15.3 del ET y 6.3 del Código Civil, entendiéndose, en definitiva, que la sentencia incurre en el error de no anudar ningún tipo de consecuencia a la declaración de la trabajadora como indefinida no fija por haberse rebasado el plazo de tres años previsto en las dos primeras normas citadas como infringidas.

Resulta colacionable aquí, la sentencia de la Sección Sexta de este Tribunal de 5 de diciembre de 2016, RS nº 820/2016 , cuando, con cita de la dictada por la misma Sección de Sala el 20 de junio de 2016, en el RS nº 330/2016 , argumenta, que, en efecto «... la jurisprudencia actual ha rectificado el criterio anterior según el cual el exceso del plazo no determinaba la conversión en indefinido de esta clase de contratos, pudiendo citarse también las sentencias del TS de 14-10-14 rec. 711/13 (LA LEY 149366/2014) y 10-10-14 rec. 723/14, que ya resuelven directamente sobre este aspecto de la superación del plazo máximo de tres años según el art. 70 del EBEP , mientras que las anteriores habían abordado la cuestión de modo incidental, pues lo que decidían era que la extinción del contrato debía realizarse por el cauce de los arts. 51 o 52 del ET y no mediante la mera amortización de la plaza. Así la sentencia de 14-10-14 rec. 711/13 (LA LEY 149366/2014) ha declarado lo siguiente:

*"(...) Entrando, pues, en el fondo del asunto, constatamos que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste cuando la misma afirma, en su FD Segundo, lo siguiente: "Dejado sentado lo anteriormente expuesto, esta Sala fija su atención en los hechos probados 52 y 53 de la sentencia recurrida que literalmente dicen: "El día 18/10/05, se le contrata como interina por cobertura de vacante, durante el periodo de 18/10/2005 hasta que la plaza sea ocupada reglamentariamente de acuerdo con el convenio colectivo único para el personal laboral de la Generalitat de Catalunya, o bien cuando ésta sea amortizada reglamentariamente", y que "desde el año 2000 no han sido convocados procesos de selección de vacantes por la empresa demandada". De dichos hechos se desprende que a partir del citado día 18/10/05 y hasta el momento en que la actora interpuso la reclamación previa origen de este procedimiento en el año 2009, la misma ya no tiene una relación con la empresa demandada de interinidad por sucesivas vacantes que tengan una justificación concreta cada una de ellas, sino que es interina con carácter general mientras la vacante no sea cubierta bajo un proceso regular o no sea amortizada reglamentariamente, de manera que ha sido ajustada la declaración que se contiene en la sentencia recurrida conforme a que en este momento tiene la consideración de estar vinculada a la demandada con una relación laboral indefinida no fija de plantilla, estando ante un derecho tutelable y a una declaración posible que puede efectuar este orden social de la jurisdicción de acuerdo con lo establecido en la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2009 , que reconoce acción en estos casos a los trabajadores afectados para la declaración judicial de esta interinidad con carácter general en tanto no se cubra la vacante por los medios establecidos legal o convencionalmente, o sea suprimido su puesto de trabajo".*

*Dicha doctrina coincide con la que esta Sala Cuarta del TS ha formulado recientemente en sus STS de 14/7/2014 (RCUD 1847/2013 (LA LEY 95940/2014)) y 15/7/2014 (RCUD 1833/2013 (LA LEY 115380/2014)) que, aunque referidas a casos de despido de trabajadores interinos por vacante, argumentan previamente que los mismos habían pasado a la condición de indefinidos no fijos y que, en calidad de tales (aunque a raíz de nuestra STS de 24/6/2014 -RCUD 217/13 (LA LEY 90046/2014) - esta diferencia ha devenido irrelevante a efectos extintivos) su despido, en caso de amortización de su plaza, debe seguir los procedimientos, según los casos, de los arts. 51 o 52 y 53 ET . Así, dice la STS de 14/7/2014 citada, confirmando la de suplicación: "Para llegar a tal conclusión, la Sala de suplicación argumenta que el contrato de interinidad por vacante de autos había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 [12/Abril ] y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 (LA LEY 62/1999) [18/Diciembre], la relación contractual había devenido indefinida no fija; y la extinción de una relación de tales características debiera haberse sometido a las previsiones de los arts. 51 y /o 52 ET . Y descartada la nulidad por superación de los umbrales del despido colectivo -también pretendida en la demanda-, la Sala de suplicación declara improcedente el despido". Y, en idéntico sentido, afirma la STS de 14/7/2014 citada y también confirmatoria de*



la de suplicación: "La sentencia de instancia había desestimado la demanda, pero la de suplicación razona que el contrato de interinidad por vacante de la actora había superado el límite temporal máximo de tres años para su cobertura desde que quedó desierta, por lo que, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 (EBEP) y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 (LA LEY 62/1999), la relación de la demandante se había convertido en indefinida, pues la demandada se ha limitado a convocar varias ofertas de concurso de traslados, y esta actuación resulta notoriamente insuficiente e inadecuada para cubrir las plazas vacantes...».

En nuestro caso, la proyección de esta doctrina conduce a considerar, como también ha hecho la sentencia de instancia, que, efectivamente, la trabajadora merece la consideración de indefinida no fija, pero el motivo, como también decíamos, no puede prosperar, porque esa sola condición no determina, de manera automática, como parece dar a entender la recurrente, que la vacante que ocupa, no pueda cubrirse por el procedimiento legal.

**SEXO** .- El siguiente paso radica en examinar si fue eso lo que ocurrió y sobre esta cuestión, no existe controversia real, en tanto, como hemos recordado en el fundamento cuarto, la sentencia de instancia declara probado que fue cubierta por el procedimiento legal y en el recurso no se plantea que no fuera así.

De este modo, la conclusión no puede ser otra que la de entender que el contrato de la demandante fue, como dice la sentencia, extinguido de manera eficaz, aun partiendo, como decíamos en el fundamento que precede, de que la relación laboral que vinculó a la partes fue indefinida no fija y ello impone la desestimación del segundo motivo en el que el recurso se estructura y en el que se denuncia la vulneración de los artículos 49 del Estatuto de los Trabajadores , 8 del RD 2720/1998 , 51 y 52 del ET , aludiendo a una sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016 , en un caso de extinciones masivas de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, que esta Sección ha sido incapaz de localizar en el CENDOJ, porque la única sentencia que aparece dictada en esa fecha, no se refiere al citado Organismo.

**SÉPTIMO** .- Resta analizar el motivo tercero del recurso, que, a diferencia de los dos anteriores, sí merece favorable acogida.

En él se plantea que la reclamación de una indemnización de veinte días, no puede tacharse de acumulación indebida de acciones, por aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de esta misma Sala de 5 de octubre de 2016 , RS nº 246/2014 y que debe prosperar, por las razones que seguidamente expondremos, que no permiten acoger las desarrolladas en la sentencia de instancia en el sentido de que debiera dilucidarse su procedencia en un procedimiento independiente (en sintonía con el voto particular contenido en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de noviembre de 2016, RS nº 1191/2016 y 2146/2016 ), en tanto se encuentra claramente subsumida en la petición de condena a la indemnización legal en los términos previstos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , en sintonía con la sentencia de la Sección Tercera de este Tribunal de 11 de febrero de 2015, RS nº 565/2014 (pero no ya por aplicación del instituto de la analogía que se regula en el artículo 4 del Código Civil , sino por aplicación directa de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE en el asunto **Diego Porras**) y ahora, por aplicación, también directa, de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo que confirma aquélla, de 28 de marzo de 2017, Rec. nº 1664/2015 , que establece un nuevo criterio cuantitativo para el cálculo de la indemnización para el cese de trabajadores indefinidos no hijos del sector público.

Cuánta que según el Tribunal Supremo, no puede ser la prevista en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores (de 8 o más días hasta 12), sino la de veinte días, dado que la figura del indefinido no fijo ya viene regulada en el EBEP actualmente vigente (RDL de 30 de octubre de 2015), tratando de prevenir dicha figura, el abuso del fraude en la contratación temporal del sector privado y público (más aun en éste, dado que la condición de fijo que en aquél se reconoce por aplicación del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores , en este caso contraviene el artículo 103 de la Constitución Española ), no encontrándonos ante un contrato temporal sino indefinido (aunque no fijo) y que el EBEP no ha concretado aun el régimen extintivo de este tipo de contratos.

Por ello, la citada sentencia, razona por una parte que la Sala Cuarta ya ha «... *sentado doctrina y establecido criterios a los que se debe estar con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, habiéndose resuelto que corresponde el abono de la indemnización del art. 49-1-c) del Estatuto de los Trabajadores ...*» y con cita de la doctrina contenida en las sentencias de 15 de junio de 2015, Rec. nº 2924/2014 , 6 de octubre de 2015, Rec. nº 2592/2014 , 4 de febrero de 2016, Rec. nº 2638/2014 y 7 de noviembre de 2016, Rec. nº 755/2015 establece que «...*En relación con la finalización de esos contratos por la cobertura reglamentaria de la plaza, es éste un supuesto de extinción del vínculo que no puede ser calificado de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 b) ET ., y a estos casos hemos venido anudando las consecuencias indemnizatorias previstas en la letra c) del mismo precepto, desde el momento en que la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo*



*temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos...*"

*"... El citado art., 49.1 c) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Y añade que «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». La norma se completa con la Disp. Trans. 13ª ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación..."*

*"... La norma resulta también de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante, pues esa solución resulta perfectamente adecuada a la interpretación de la mismas y, además, es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

*En concreto en el ATJUE de 11 diciembre 2014 (Asunto León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149), que da respuesta a una cuestión prejudicial española, se deja patente que los denominados trabajadores indefinidos no fijos se hallan incluidos en el marco 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. Además, el TJUE pone de relieve que es contraria a la Directiva una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos (en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco) resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.*

*Dado que la medida efectiva puede consistir en una indemnización y que el Ordenamiento jurídico interno español contiene ya ese mecanismo en el art. 49.1 c) ET, ninguna justificación podría aceptarse para excluir la indicada indemnización por la mera circunstancia hallarnos ante relaciones de trabajo que se desarrollan del sector público...».*

Sentado lo anterior y en "un examen más profundo de la cuestión", se replantea el Tribunal Supremo la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos, fijando "un nuevo criterio cuantitativo" que asienta en cuatro razones:

*En primer lugar, en que la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya está «... recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal...».*

*En segundo lugar «... porque 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...».*

*En tercer lugar, porque «... la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo...».*

*Y finalmente y en cuarto lugar porque «... 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...».*

Por todo ello, el recurso se estima en parte, debiendo condenarse a la Comunidad de Madrid, a abonar a la actora una indemnización por la extinción de su contrato de trabajo equivalente a veinte días de salario por año de servicio, en atención a una antigüedad de 1 de octubre de 1996 (que es la que tiene reconocida desde la interrupción por tiempo superior a tres meses que se produjo desde el 1 de julio al 1 de octubre de 1996) y en atención a un salario declarado en el hecho probado 1º de 1.666,89 euros brutos prorrateados (22.225 euros) y confirmando la sentencia de instancia, en el resto de pronunciamientos que contiene.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de DOÑA Lidia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Madrid, de fecha 13 de diciembre de 2016, en autos nº 952/2016, promovidos por la recurrente contra la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL (CONSEJERÍA DE FAMILIA Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID), la revocamos en parte, condenando a la Administración Pública demandada a indemnizar a la actora en la cantidad de 22.225 euros por extinción de contrato, confirmando en el resto de pronunciamientos que contiene. Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

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 Público 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 2876-0000-00-0109-17 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 2876-0000-00-0109-17.

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 4/5/17 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ