



Roj: **STSJ M 10034/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:10034**

Id Cendoj: **28079340042017100598**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **05/10/2017**

Nº de Recurso: **426/2017**

Nº de Resolución: **611/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

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

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0045534

Procedimiento Recurso de Suplicación 426/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 08 de Madrid 1016/2016

Materia : Despido

J.S.

Sentencia número: 611/2017

Ilmo/as. Sr/as.

D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid, a 5 de octubre de dos mil diecisiete.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Cuarta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por el/las Ilmo/as. Sr/as. Citado/as, 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 número 426/2017 formalizado por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia número 47/2017 de fecha 13 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Madrid , en sus autos número 1016/2016, seguidos a instancia de DOÑA Rosaura frente a la AGENCIA



MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, por despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, 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.- La demandante venía prestando servicios para el organismo demandado desde el 13 de julio de 2001, jornada a tiempo completo, con destino en la residencia de mayores "Doctor González Bueno" (Agencia Madrileña de Atención Social; Consejería de Política Social y Familia de la Comunidad de Madrid) con categoría de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3), percibiendo una retribución de 1.812,08 euros/mes brutos con inclusión de prorata de pagas extraordinarias o 59,57 euros/día.

SEGUNDO.- Las partes suscribieron los siguientes contratos temporales:

TIPO DE CONTRATO INICIO CESE

FIJO DISCONTINUO 13/072001 25/10/2007

INTERINIDAD cobertura vacante nº NUM000 vinculada a la O.E.P. 2003

01/11/2007 30/09/2016

TERCERO.- El desempeño ha sido siempre de auxiliar de enfermería.

CUARTO.- Con efectos de 30 de septiembre de 2016 le fue comunicado el cese en la prestación laboral tras adjudicación de destinos en proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería, convocado por Orden de 3 de abril de 2009, de la entonces Consejería de Presidencia Justicia e Interior (BOCM de 29 de junio).

Se indica la adjudicación en ese proceso selectivo de la plaza NUM000 .

(Por reproducido el documento uno de la actora).

QUINTO.- La adjudicación de la vacante se acordó por Resolución de 27 de julio de 2016 de la Dirección General de Función Pública (BOCM de 29 de julio). Tras adjudicación de destinos consta la suscripción de contrato indefinido en relación con la plaza NUM000 .

SEXTO.- La actora suscribió contrato de trabajo temporal, modalidad interino por vacante el 1 de octubre de 2016. Le fue comunicada la finalización el 7 de febrero de 2017. La categoría era de auxiliar de enfermería.

(Documentos aportados por la demandada).

SÉPTIMO.- La demandante no ostenta la condición de representante de los trabajadores.

OCTAVO.- Tras la entrada en vigor de Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre de 2015) no resulta preceptiva la interposición de reclamación previa."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Se desestiman la excepciones formuladas por la demanda y se estima parcialmente la demanda formulada por D^a Rosaura con DNI NUM001 y previa declaración de vinculación por contrato indefinido no fijo hasta la fecha de cobertura de la vacante tras proceso de consolidación de empleo de la demandada, acordado por Orden de 03.04.2009, se declara la procedencia de la extinción objetiva con condena a la demandada a indemnizar a la actora en el importe de 18.109,28 euros (dieciocho mil ciento nueve con veintiocho) por la vinculación existente entre el 13.07.2001 y 30.09.2016."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por la actora con asistencia del letrado DON BERNARDINO CARREÑO.



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 25 de mayo de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 5 de octubre de 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 .- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente la modificación del hecho probado primero en la siguiente forma:

"La demandante venía prestando servicios para el organismo demandado desde el 13 de julio de 2001, a través de distintos contratos temporales, jornada a tiempo parcial, con categoría de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3). Con fecha 31 de octubre de 2007 formaliza contrato de interinidad para cobertura de vacante vinculada a una Oferta de empleo público a tiempo completo con la Agencia Madrileña de Atención Social, Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid con categoría de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3), con destino en la residencia de mayores "Doctor González Bueno" (Agencia Madrileña de Atención Social; Consejería de Política Social y Familia de la Comunidad de Madrid) con categoría de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3), percibiendo una retribución de 1.802,64 euros/mes brutos con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias."

El motivo se estima en parte por cuanto se postula después la introducción en el relato de probados de la relación de contratos realizados, por lo que a ello habrá de estarse, siendo el último contrato a tiempo completo, como se declara en este ordinal, apreciándose efectivamente un error en el salario a tenor de las nóminas de la actora, por lo que el mismo se rectifica, quedando el hecho como sigue:

"La demandante venía prestando servicios para el organismo demandado desde el 13 de julio de 2001, jornada a tiempo completo, con destino en la residencia de mayores "Doctor González Bueno" (Agencia Madrileña de Atención Social; Consejería de Política Social y Familia de la Comunidad de Madrid) con categoría de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3), percibiendo una retribución de 1.802,64 euros/mes brutos con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias."

Para el segundo hecho probado se propone la siguiente redacción:

"Las partes suscribieron los siguientes contratos temporales:

TIPO DE CONTRATO

Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo
 Interinidad vacante fijo-discontinuo



Interinidad vacante fijo-discontinuo

Interinidad vacante fijo-discontinuo

Interinidad vacante fijo-discontinuo

Interino de vacante

Interino de vacante

INICIO

13-07-2001

18-12-2001

25-03-2002

01-07-2002

18-12-2002

13-04-2003

01-07-2003

18-12-2003

01-04-2004

01-07-2004

18-12-2004

17-03-2005

01-07-2005

18-12-2005

08-04-2006

01-07-2006

18-12-2006

01-04-2007

01-07-2007

01-11-2007

01-10-2016

CESE

19-10-2001

06-01-2002

11-04-2002

25-10-2002

06-01-2003

30-04-2003

25-10-2003

06-01-2004

18-04-2004

25-10-2004

06-01-2005

03-04-2005

25-10-2005



06-01-2006

25-04-2006

25-10-2006

06-01-2007

18-04-2007

25-10-2007

30-09-2016

JORNADA%

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

42,58

100

100

A la vista de los documentos obrantes a los folios 59 y 60 de los autos que acreditan efectivamente la suscripción de tales contratos, admitiéndose la modificación.

Asimismo solicita la revisión del hecho probado sexto en la siguiente forma:

"La actora suscribió contrato de trabajo temporal, modalidad interino por vacante el 1 de octubre de 2016, continuando dicho contrato vigente en la actualidad."

sobre la base de los documentos obrantes a los folios 52 a 60 de los autos, de los que se desprende el error en que incurre el ordinal citado, admitiéndose la modificación.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia la infracción del artículo 17.1 de la misma norma, y de la jurisprudencia que cita, por considerar que no existe acción, ya que si bien la actora cesó en la vacante que ocupaba interinamente el día 30 de septiembre de 2016, suscribió un contrato con la misma modalidad el mismo día, por lo que no ha dejado de prestar servicios para la Comunidad de Madrid ni un solo día.

La comunicación a la actora de cese con efectos de 30 de septiembre de 2016 por haberse cubierto la plaza que ocupaba interinamente, supone la ruptura del vínculo que unía a las partes y contra la misma puede



reaccionarse impugnando la decisión empresarial para que se declare que no es ajustada a derecho, lo que es susceptible de examen en esta litis, por lo que el motivo no puede tener favorable acogida.

TERCERO.- Asimismo denuncia la vulneración del artículo 26.1 de la citada ley procesal, por entender que concurre una indebida acumulación de acciones, por no encontrarnos ante el supuesto de acumulación de despido y reclamación de indemnización por vulneración de derechos fundamentales sino ante una reclamación de indemnización.

Se considera también infringido el artículo 70 del EBEP en relación con los artículos 7 y 83 de la misma norma y con el artículo 2.3 del Código Civil, alegando que dichas normas estatutarias no son aplicables al personal laboral de acuerdo con los artículos 13 y 14 del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid y la disposición transitoria 11ª del mismo, e incluso si se entendieran aplicables, considera que no se ha vulnerado, porque la obligación de la administración de convocar plazas cada tres años, se introduce por primera vez en la ley 7/2007 que entró en vigor el 13 de mayo de dicho año, sin efecto retroactivo, no habiendo transcurrido tres años hasta la Orden de 3 de abril de 2009 por la que se regula el proceso selectivo, ni aunque se entendiera infringido el repetido precepto ello daría lugar a una conversión del contrato, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016.

Finalmente denuncia la infracción del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el apartado c) del mismo precepto, por considerar que no es de aplicación la sentencia de 14 de septiembre de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque en este caso se trataba de servir una plaza hasta su cobertura y en aquél una sustitución por excedencia produciéndose la pérdida del empleo que aquí no ha tenido lugar, indicando que no hay término de comparación a los efectos de un posible trato discriminatorio, por lo que concluye que no procede el abono de una indemnización de 20 días de salario por año que se le reconoce en la sentencia recurrida.

Partimos de un hecho pacífico cual es que el contrato de la trabajadora se ha extinguido por la cobertura reglamentaria de la vacante que ocupaba mediante contrato de interinidad que la juzgadora a quo ha considerado indefinido no fijo, razonando que la relación laboral del trabajador interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para su cobertura conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, que se recoge en la sentencia de 14-10-2014, rec. 711/2013, no siendo de aplicación la sentencia que cita la recurrente relativa a una sustitución por ausencia del trabajador sustituido, estableciendo aquella doctrina los siguiente:

"Dicha doctrina coincide con la que esta Sala Cuarta del TS ha formulado recientemente en sus STS de 14/7/2014 (RCUD 1847/2013) y 15/7/2014 (RCUD 1833/2013) 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 - 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 (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 15/7/2014 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 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".

Pues bien, aplicando esta doctrina a nuestro caso, los recurrentes tenían últimamente contratos de interinidad por vacante que habían durado más de tres años y es claro que debe reconocérseles la condición de trabajadores indefinidos no fijos, sin necesidad de examinar los otros dos motivos del recurso."

En cualquier caso la solución al conflicto deviene idéntica si se considera como correctamente ha hecho la juzgadora a quo que la relación es indefinida no fija que si se mantiene que se trata de una interinidad como afirma la recurrente, porque en el primer caso la indemnización que correspondería es la que se ha fijado, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 12-5-2017, nº 421/2017, rec. 1717/2015



"TERCERO.- 1.- El Abogado del Estado en su recurso, denuncia la infracción del art. 49.1.b) en relación con su apartado c) y la Disposición Transitoria 13ª del ET, sosteniendo que la indemnización prevista en la letra c) para la finalización de los contratos temporales para obra o servicio determinado o por circunstancias de la producción no es extensible a otros supuestos, como el de cobertura de plaza en el caso de trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas.

La cuestión litigiosa, en supuesto similar, ha sido sometida a consideración de esta Sala IV/ TS, resuelta por el Pleno de la misma, en sentencia de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015). En la citada sentencia se contiene el siguiente razonamiento:

"La cuestión que se plantea viene siendo objeto de múltiples controversias, la mayoría de ellas ya abordadas por esta Sala IV del Tribunal Supremo que 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 al art. 49-1-c) del ET. Esta doctrina, sentada en nuestras sentencias de 15 de junio de 2015 (Rec. 2924/2014), 6 de octubre de 2015 (Rec. 2592/2014), 4 de febrero de 2016 (Rec. 2638/2014) y 7 de noviembre de 2016 (Rec. 755/2015), entre otras es resumida por la citada en último lugar diciendo:

"En la STS/4ª/Pleno de 24 junio 2014 (rcud. 217/2013) nos pronunciábamos en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración en el supuesto específico de amortización de las vacantes. En dicha sentencia, superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS/4ª de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012) y las anteriores que en ella se citan, se afirma que, tras la entrada en vigor de la Disp. Ad. 20ª ET, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET, de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa..."

"...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."

4. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso nos llevaría a estimar el recurso del Abogado del Estado, como hemos hecho en supuestos anteriores. No obstante, un examen más profundo de la cuestión, nos obliga



a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo con base en las siguientes razones:

Primera. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es 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.

Segunda. 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.

Tercera. Porque, cual se deriva de lo señalado, 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.

Cuarta. 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".

Y, en el segundo, supuesto de la finalización del contrato de interinidad por cobertura de la vacante, la misma doctrina es aplicable por darse identidad de razón y de acuerdo con la sentencia de 14 de septiembre de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima), asunto De **Diego Porras**, que declara que:

"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."

No existiendo acumulación indebida de acciones sino que la indemnización es consecuencia inherente a la finalización del contrato temporal y así lo ha establecido el Tribunal Supremo en la sentencia de 7-2-2012, rec. 649/2011, que dice así:



"...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."

Ho obstante lo anterior, en el presente supuesto hemos de tener en cuenta que existe una circunstancia sobrevenida cual es la suscripción, sin solución de continuidad, de un nuevo contrato entre las partes, y si bien un trabajador temporal ha de tener iguales condiciones que un trabajador indefinido, no puede reconocérsele una ventaja superior a la de éste, porque ello iría en contra de la finalidad de la directiva 1999/70, que es la de equiparar pero no la de primar a los trabajadores temporales, de manera que si bien correspondería a la actora una indemnización de haberse extinguido la relación laboral de forma definitiva con la empleadora, no puede ser indemnizada por la pérdida de un puesto de trabajo que no ha tenido lugar, ya que la relación laboral se mantiene, aunque lo sea ahora para la cobertura de otra vacante.

Hemos de tener en cuenta que si el despido se hubiera declarado improcedente como se pretendía, las consecuencias hubieran sido superiores a las que corresponden a una extinción por causas objetivas, esto es la indemnización de 33 días de salario por año o readmisión, a opción de la empleadora, no procediendo aquí en ningún caso la primera porque de facto se ha cumplido con la segunda, habiendo sido la actora readmitida en las mismas condiciones anteriores al despido, salvo el reconocimiento de la antigüedad, que al haberse declarado su condición de indefinida no fija, ha de seguirle siendo respetada. En el mismo sentido un trabajador fijo que hubiera visto extinguida la relación laboral por amortización de su puesto de trabajo por causas objetivas procedentes, hubiera tenido derecho exclusivamente a la indemnización de 20 días, porque al no existir ya el puesto de trabajo no podría producirse la readmisión, de manera que la actora ha sido resarcida por la extinción del anterior contrato de interinidad, de forma más ventajosa que la que le hubiera correspondido conforme a la doctrina jurisprudencial y a la normativa comunitaria, al haber sido de nuevo incorporada, sin solución de continuidad, a un puesto de trabajo igual, reconociéndosele por la resolución impugnada su calidad de trabajadora indefinida no fija que se mantiene por decisión de la recurrente al no prescindir de sus servicios, por lo que el recurso se estima en parte, por lo que haber sido resarcida de facto con el mantenimiento de la relación laboral no cabe una indemnización por una pérdida que no se ha producido.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos en parte el Recurso de Suplicación número 426/2017 formalizado por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia número 47/2017 de fecha 13 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Madrid, en sus autos número 1016/2016, seguidos a instancia de DOÑA Rosaura frente a la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, por despido y confirmamos los pronunciamientos de la resolución impugnada, excepto la condena al pago de una indemnización por mantenerse la relación laboral en las mismas condiciones, absolviendo a la recurrente de este pedimento de la demanda. 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 2829-0000-00-0426-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. 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.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000042617) , 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).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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 por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe. En Madrid, a