



Roj: **STSJ M 10058/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:10058**

Id Cendoj: **28079340062017100824**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/10/2017**

Nº de Recurso: **694/2017**

Nº de Resolución: **834/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

ROLLO Nº: RSU 694/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACIÓN

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: **JDO. DE LO SOCIAL N. de 37 MADRID**

Autos de Origen: **1143/2016**

RECURRENTE: D^a. Leticia

RECURRIDO: CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a nueve de octubre de dos mil diecisiete

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 834

En el recurso de suplicación nº **694/2017** interpuesto por el Letrado, **D. ANTONIO CUESTA SANZ** en nombre y representación de **D^a. Leticia** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **37** de los de MADRID, de fecha **QUINCE DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **1143/2016** del Juzgado de lo Social nº **37** de los de Madrid, se presentó demanda por D^a. Leticia contra **CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la



vista, habiéndose dictado sentencia en **QUINCE DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Desestimo la demanda de despido interpuesta por D^a Leticia , contra Consejería de educación, juventud y deporte y absuelvo a esta de los pedimentos de aquel".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- D^a Leticia vino prestando servicios para la entidad demandada, en el Centro de natación Mundial 86, con categoría profesional de auxiliar de obra y servicios (hechos conformes) haciéndolo en virtud de contrato de interinidad para cobertura de vacante fijo discontinuo vinculada a oferta de empleo público, firmado entre las partes el día 29 de Mayo de 2001y que aportado como documento nº 1 de la prueba documental de la parte actora se da íntegramente por reproducido. En el referido contrato se establecía en su cláusula primera, que la actora ocuparía provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en el arts. 13.2 y 3 del Cco , la vacante NUM000 vinculada a al OPE del 1999.

SEGUNDO.- La demandante prestó servicio efectivos para la entidad demandada hasta el 30 de Noviembre de 2016, durante 5661 días de prestación efectiva de servicios, teniendo reconocidos 5 trienios (conformidad de las partes y documentos 2 y 3 de los aportados por la parte actora).

TERCERO.- En el ejercicio 2016 el salario de la actora por todos los conceptos ascendió a 2818,13 Euros, con salario mensual prorrateado de 875,82 Euros (documento nº 1 y anexo I de los aportados por la parte demandada).

CUARTO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo sindical ni de representación de los trabajadores.

QUINTO.- Mediante Resolución Dirección General de la Función Pública de fechas 27.10.2016 (BOCAM de 2.11.2016), se procede a la adjudicación de los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso aplazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Obras y Servicios (Grupo V, Nivel 1, Área C) (hecho conforme) En fecha 21.11.2016 la entidad demandada comunica al demandante la extinción de la relación laboral por cobertura de vacante por resolución de oferta pública de empleo (documento adjunto a la demanda). En el referido proceso de consolidación de empleo la plaza NUM000 resulto adjudicada a D^a Catalina que firmó el contrato en fecha 3 de Noviembre de 2016. La adjudicataria de la plaza solicitó excedencia conforme al art. 34.b) CCo para el persona laboral del CAM, excedencia que le fue concedida en virtud de orden de 23 de Noviembre de 2016 (ramo de prueba documental de la parte demandada).

SEXO.- Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el Convenio colectivo del personal laboral de la CCAA de Madrid 2004-2007, en fase de ultractividad".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 4 de octubre de 2.017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora contra la sentencia de instancia, que ha desestimado su demanda de despido y reclamación de cantidad por el concepto de indemnización por extinción de contrato, apreciando al respecto una acumulación indebida de acciones. El recurso ha sido impugnado por la COMUNIDAD DE MADRID - CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE.

El primer motivo se ampara en el art. 193.b) de la LRJS y en él se solicita la revisión del hecho probado 1º en lo relativo al salario, que en la sentencia es de 875,82 euros mensuales con prorrateo de pagas extras y para el recurrente debería constar el de 933,71 euros. Para ello cita las nóminas de julio y agosto de 2016. Pero no se pone de manifiesto un error evidente, habiendo tomado la recurrente la base de cotización y no el salario, siendo así que ambos conceptos no siempre tienen que ser coincidentes. Tampoco se ha formulado un motivo de infracción jurídica respecto a la determinación del salario computable. Por todo ello se desestima el motivo.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del art. 193.c) de la LRJS, se alega la infracción de los siguientes artículos: 70.1 y disposición transitoria del EBEP; 4.2 del RD 2720/98 de 18 de diciembre; art. 15.3 en relación con el art. 6.3 del Código Civil.

La sentencia de instancia ha considerado que el contrato de interinidad por vacante celebrado por las partes se ha convertido en contrato indefinido no fijo por la superación del lapso de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP. No es éste el criterio de esta sección de Sala, que en diversas sentencias ha declarado que el



marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo como el seguido en este caso para la cobertura de la vacante de la actora, siendo en cambio aplicable la disposición transitoria cuarta del EBEP, como se razona extensamente, entre otras, en la sentencia de esta Sala, sección 6ª, de fecha 8-5-17 rec. 87/17. Ahora bien, en el caso actual la Comunidad de Madrid no ha recurrido y por tanto hemos de partir de la calificación como contrato indefinido no fijo, que ha ganado firmeza.

Pero ello no impide que la provisión de la plaza que la actora venía ocupando con el nº NUM000, por su adjudicación a una candidata que superó el proceso selectivo mencionado, constituya el evento que da lugar a la extinción de ese contrato indefinido, conforme a la reiterada jurisprudencia existente sobre la figura de la relación laboral indefinida no fija en la Administración. No explica justificadamente el recurrente por qué el dato de que el contrato se considere indefinido deba tener por consecuencia que ya no quede referido a la plaza que venía desempeñando. Como señala la jurisprudencia citada, *el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato*. La sentencia del TS de 26-6-03 ratifica dicha doctrina en los siguientes términos: *"La cuestión debatida ha sido ya resuelta por esta Sala en su sentencia de 27 de mayo de 2002 (rec. 2591/2001), dictada por todos los Magistrados que la integran constituidos en Sala General, cuyos extensos fundamentos jurídicos, que dan cumplida respuesta a todas las cuestiones que plantea la sentencia recurrida, tenemos expresamente por reproducidos en evitación de innecesarias repeticiones. Es suficiente pues con recordar la esencia de su doctrina -que ha sido seguida luego por la sentencia de 2 de junio de 2003 (rec. 3243/2000) - a la que hay que estar para resolver el caso por evidentes razones de seguridad jurídica. La sentencia de 27 de mayo de 2002 estableció que la ocupación definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada por el trabajador en virtud de un contrato temporal que fue luego declarado indefinido por sentencia firme, hace surgir una causa de extinción del contrato, subsumible en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, y equiparable, en sus efectos, a la de contratos de interinidad por vacante, puesto que la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Lo que equivale a afirmar que la extinción por tal causa, como todas las encuadrables en el citado número, no precisa acudir al cauce de los despidos objetivos, ni genera derecho a indemnización ni a salarios de tramitación para el trabajador."* La causa de extinción es válida, por lo tanto, aunque la cuestión relativa al derecho a una indemnización haya sido objeto de recientes modificaciones jurisprudenciales a las que luego se aludirá. Pero el motivo debe fracasar en cuanto postula la ilicitud de la extinción, tesis que se rechaza.

En la sentencia de esta Sala sección 6ª de 8-5-17 ya citada se añade la cita de otras dos sentencias más recientes del TS, que van referidas a la extinción del contrato de interinidad por vacante. La primera de ellas es de fecha 1-2-11 (rec. 899/10), en un caso en que se cuestionó el fin de un contrato de interinidad iniciado en diciembre de 2003 y terminado en diciembre de 2008 (por tanto, con duración superior a 3 años) como consecuencia de la asignación de la plaza ocupada por el trabajador interino a la persona designada como titular de la misma tras superar esta última la prueba establecida al efecto, que no fue otra sino un proceso de consolidación de empleo temporal convocado en iguales términos que los acordados en la Orden de 3 de abril de 2009 citada en los hechos probados de la sentencia de instancia del presente litigio. La segunda sentencia del Tribunal Supremo es la de 18-5-15 (rec. 2135/14), referida a proceso de cobertura de vacantes en el ámbito sanitario de la CM. Aborda un caso de contratación interina producida en noviembre de 2003 referida a una plaza cuya cobertura se produjo en noviembre de 2012 (mucho después de 3 años desde el inicio del contrato de interinidad), tras resolverse el correspondiente proceso de promoción profesional específico. En ambas se concluye en la licitud de la extinción del contrato por la provisión de la plaza que se desempeñaba interinamente.

TERCERO.- En el tercer motivo se alega, con amparo en el art. 193.c) LRJS, la infracción de los arts. 90.3 y 94.2 de la LRJS y 24 de la Constitución. El motivo está mal formulado, ya que los preceptos citados y el argumento de la parte se refieren a una supuesta infracción procesal, por lo que se debería haber invocado el art. 193.a) y haber justificado la realización de la protesta en el momento procesal oportuno. Se queja la recurrente de que la parte demandada no aportó la prueba documental solicitada y admitida consistente en certificar el número de trabajadores a los que se había extinguido el vínculo laboral en los 90 días anteriores al cese así como la justificación de haber seguido la tramitación del art. 51 del ET. La prueba no estaba correctamente solicitada, pues no todas las extinciones serían computables. Y en todo caso, ninguna



indefensión se ha producido, teniendo en cuenta que la extinción del contrato de la actora es válida, según ya se ha razonado, y por tanto es superflua la consideración de cualesquiera otras extinciones contractuales. En efecto, son computables las extinciones de contratos al amparo del art. 49.1.c) del ET cuando la contratación es fraudulenta o no ha terminado la obra o servicio, existiendo un trasfondo o sustrato económico/productivo/organizativo (sentencias del TS de 3-7-12 rec. 1657/11, 8-7-12 rec. 2341/12, 25-11-13 rec. 52/13). Pero no son computables las extinciones de contratos temporales celebrados por una duración o por una tarea determinada cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o finaliza la tarea encomendada (STJUE 13-5-15 C-392/13 caso RABAL).

Por todo ello se desestima el motivo.

CUARTO.- En el cuarto motivo se alega la infracción de los siguientes artículos: 49 del Estatuto de los Trabajadores; 8 del RD 2720/98 de 18 de diciembre; 51 y 52 del ET.

Aduce la recurrente que nos encontramos ante un despido por amortización de plaza que debió producirse por los cauces previstos en los arts. 51 y 52 del ET, citando la sentencia del TS de 17-10-16 rec. 36/16.

No cabe acoger tal tesis, ya que como viene reiterando esta Sala en casos similares, no ha existido amortización alguna de la plaza ocupada por la actora, sino todo lo contrario; dicha plaza se mantiene con su correspondiente dotación presupuestaria y por eso precisamente se ha procedido a designar al titular que debe ocuparla. No estamos ante un supuesto de extinción por amortización de la plaza debida a la modificación de la relación de puestos de trabajo (sentencia del TS de 24-6-14 rec. 217/13 entre otras), sino ante una extinción por provisión de la plaza debido a su adjudicación a un titular que ha superado el correspondiente proceso selectivo, como ya se ha razonado en el fundamento jurídico segundo. La cita que hace la recurrente de la STS 17-10-16 rec. 36/16 - caso Zardoya Otis - no es oportuna, dado que en el presente caso no se llega a plantear la forma de cómputo de los umbrales del despido colectivo.

A continuación la recurrente aduce que el contrato es indefinido por superación del plazo de tres años del art. 70.1. EBEP, lo cual en este caso es ocioso, por cuanto la sentencia de instancia ya lo ha declarado así, sin que la CAM haya recurrido, como ya se ha dicho en el fundamento jurídico segundo. Por todo ello se desestima el motivo.

QUINTO.- En el quinto motivo se alega la infracción de los siguientes artículos: 26.3 y 123 de la LRJS, Directiva 1999/70 del Consejo de 28-6-99 relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, así como la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto Ana de **Diego Porras**).

La recurrente discrepa del criterio del Juzgado según el cual no es acumulable la acción de despido y la de condena al abono de la indemnización por extinción del contrato temporal, y sostiene que se le ha de abonar la indemnización correspondiente a un trabajador fijo que es despedido por causas objetivas, en aplicación de la sentencia citada del TJUE; o bien por aplicación de la sentencia del TS de 28-3-17, por la que a una trabajadora indefinida no fija se le reconoce el derecho a percibir una indemnización de 20 días por año al ser extinguido su contrato.

Por lo que se refiere a la posibilidad de acumular la acción de despido y la de condena a la indemnización por aplicación de la STJUE mencionada, también se ha pronunciado ya esta sección de la Sala en sentido favorable a dicha posibilidad, en sentencia de 16-5-17 rec. 285/17 en los términos que siguen:

"La indebida acumulación de acciones y la falta de acción invocadas por la CM se deben examinar conjuntamente y proceder a su desestimación, conforme a la previsión contenida en el último párrafo del art. 26.3 LRJS, (...) La acumulación permitida en este precepto debe entenderse en el sentido que exponen las sentencias de esta Sección Sexta de fecha 27 de abril de 2015 (rec. 97/15), repetida en la de 6 de febrero de 2017 (rec. 1011/16), en estos términos:

"... Esta norma se ha interpretado por la Sala de este TSJ-sentencia de 3-3-2014 (rec. 1383/2013)- en el entendimiento de que la misma (...) no encierra el sentido estricto que se le daría si por liquidación hubiéramos de entender exclusivamente la que se refiere a los días de salario por los días trabajados, pendientes de abono en la fecha del despido y la parte proporcional de las pagas extras reglamentarias o convencionales. Bien al contrario, liquidar es saldar, pagar o satisfacer lo que está pendiente, y por ello, si en el momento en que se produce la extinción del contrato, la empresa adeuda retribuciones aun no abonadas, su reclamación es viable junto con la de despido, y solo cuando "por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad"...".



De ello se deduce que, ejercitada acción de despido y, de no existir éste, reclamación de indemnización por válida extinción contractual, cabe decidir ambas cuestiones en un mismo litigio. De hecho, así lo hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de marzo de 2017 a la que luego haremos mención más detallada."

En consecuencia se acepta la acumulación efectuada. Y respecto a la indemnización solicitada de 20 días por año, al haber considerado la sentencia que la trabajadora había adquirido el estatus de indefinida no fija por superación del plazo de tres años con arreglo al art. 70.1 del EBEP, se le ha de reconocer el derecho a dicha indemnización por la extinción de su contrato por la cobertura de la plaza, a tenor de la doctrina instaurada por sentencias del TS de 28-3-17 rec. 1664/2015, 12-5-17 rec. 1717/15, entre otras.

Por ello procede la estimación del motivo.

SEXTO.- En el sexto motivo se alega la infracción del art. 4 del RD 2720/98 así como del art. 13 del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid en la interpretación dada por la sentencia del TS de 21-1-13. Mantiene la recurrente que la plaza ya había sido adjudicada con anterioridad al cese de la actora y que, más importante, añade, no se produjo la ocupación de la plaza con la efectiva prestación de servicios al haberse concedido una excedencia a la nueva adjudicataria.

Hay que precisar que la fecha de efectos de la extinción del contrato de la actora (comunicada el 21-11-16) fue la de 30-11-16 (folio 6); la fecha de inicio del contrato de la nueva titular (suscrito el 3-11-16) era la de 1-12-16 (folio 61 vuelto); y la fecha de efectos de la excedencia concedida (por resolución de 23-11-16) a la nueva adjudicataria, fue también 1-12-16. Es decir, al día siguiente de la extinción del contrato de la actora, en el día previsto para el inicio del contrato de la nueva titular, ésta comienza una situación de excedencia.

Esta cuestión ya ha sido abordada en sentencias de esta Sala, sección 6ª, de fecha 26-6-17 rec. 464/17 y 29-5-17, rec. 340/2017, en sentido adverso a las pretensiones de la demandante y favorable, en consecuencia, a la tesis de la CAM, razonando a este respecto en los siguientes términos, que en nuestro caso llevan a la desestimación de este sexto motivo:

"El presente motivo - dice su F. de D. 2º - debe merecer acogida, ya que, y conforme, entre otras, se razona en la STS de fecha 25-1-07, recurso nº 5482/2005, el contrato de interinidad para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, durará el tiempo correspondiente a dichos procesos, conforme así se convino entre partes en el caso de autos, mediante la remisión que en el propio contrato se hace a las causas de extinción previstas en el art. 8.1.c) del RD 2720/1998, y a tenor de las cuales el contrato se extinguirá una vez concluido el plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones Públicas, con independencia del resultado final de tales procesos selectivos, pues esa fue la causa de la interinidad pactada, y que además, y en el caso de autos, concluyó con la real cobertura de la plaza, pues solo tras dicha cobertura puede el trabajador que la haya obtenido solicitar la excedencia que por tal razón así le fue concedida, por cuanto, y conforme así advierte la recurrente en su exposición, la excedencia no puede producirse sino cuando el adjudicatario de la plaza ha adquirido efectivamente la habilitación que le faculta para ello, pues es esta circunstancia la que precisamente le habilita para solicitar la excedencia en dicho puesto de trabajo, ex art. 34.b) del convenio colectivo.

No es óbice a tal conclusión la doctrina a la que hacen mención las dos SSTS que se citan en la instancia de fechas 19-5-2015 y 15-10-07, en cuanto ambas contienen esta misma doctrina. En efecto, y en la 1ª de ellas, se trata de un contrato de interinidad para cobertura de vacante vinculada a Ofertas de Empleo Público cuyas cláusulas de vinculación establecen "hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los arts. 12.2 y 3 del Convenio Colectivo", y la extinción se produce como consecuencia de la finalización de procesos de "promoción profesional específica", argumentando al respecto, para desestimar la demanda de despido entonces formulada, que en relación a los contratos de interinidad por vacante de las Administraciones Públicas, "hemos señalado que los mismos llegan a su término al cubrirse en propiedad dicha plaza, de forma que "la duración de la interinidad, al ser la empleadora una Administración Pública, coincidirá con todo el tiempo que dure el proceso de cobertura de la plaza" (STS/4ª 15 octubre 2007-rcud 4297/06-) (...), para añadir a continuación que "en este caso, se cumplió la causa de interinidad válidamente consignada en su contrato, a saber, que ocuparía provisionalmente, de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos, regulados en los artículos 13.2 y 3 del Convenio Colectivo", por lo que concluye que "al haberse producido la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por la trabajadora interina, su cese no es un despido, sino que constituye una extinción del contrato por el cumplimiento del término a que estaba sometido".

Y supuesto similar es analizado en la STS de fecha 15-10-2007, recurso nº 4297/2006, también citada en la instancia, y que igualmente desestima la demanda de despido formulada, razonando al respecto de la siguiente manera: "La doctrina en la materia ya ha sido unificada por esta Sala en la Sentencia de 28 de julio de 2006, (rec. 3160/05), seguida por la de 28 de noviembre del mismo año, (rec. 3102/05), cuyo criterio habrá de mantenerse también en esta ocasión, no solo por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la



Ley (arts. 9º.3 y 14 de la Constitución española), sino también por resultar ello acorde con el espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina. En la primera de dichas resoluciones razonábamos en los siguientes términos: <<Conforme a la resultancia fáctica, la actora fue contratada en la modalidad de interinidad por vacante, estableciéndose en las cláusulas 6ª y 7ª del contrato las causas que daban lugar a su terminación, entre las que interesa destacar aquí la relativa a "hasta que se proceda a la cobertura del puesto de trabajo por alguno de los sistemas de provisión legal o reglamentariamente previstos".- El contrato de interinidad por vacante es uno de los regulados por el Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, dictado en desarrollo del art. 15 del ET y, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 4.2.b) de dicho RD, en relación con el párrafo segundo del apartado 1 del propio precepto, la duración de la interinidad, al ser la empleadora una Administración pública, coincidirá con todo el tiempo que dure el proceso de cobertura definitiva de la plaza (...). Es cierto - conforme sigue razonando su F. de D. 3º - que también otras SSTs, como la dictada con fecha 21-1-13, recurso nº 301/2012 , aluden a la necesidad de que se produzca la efectiva ocupación de la plaza, en los siguientes términos: "a).- El contrato de interinidad para cubrir una plaza pendiente de cobertura reglamentaria se configura como una relación jurídico-laboral que en su momento fue configurada como sujeta a condición resolutoria y que, en la actualidad, se perfila más bien como un contrato laboral a término, el que se cumple, precisamente, al cubrirse en propiedad dicha plaza (SSTs 24/01/00, - rcud 652/99 -; 30/10/00 -rcud 2274/99 -; 16/05/05 -rcud 2646/04 -; y 25/01/07 -rcud 5482/05 -), de forma que «la duración de la interinidad, al ser la empleadora una Administración Pública, coincidirá con todo el tiempo que dure el proceso de cobertura de la plaza» (STS 15/10/07 -rcud 4297/06 -)", para añadir a continuación que, "b).- La extinción sólo se produce - salvo que la plaza se amortice - con la cobertura real de la vacante, y no con el acto formal de la posesión del titular adjudicatario de la vacante objeto de la interinidad, o con la reincorporación -también formal- del titular sustituido, sino que requiere la efectiva incorporación de éste a la plaza, con la consiguiente prestación de servicios, por lo que es indebido el cese para efectuar otro nombramiento bajo la misma modalidad contractual de interinidad; lo contrario sería opuesto a la propia naturaleza de la interinidad y a los principios de interdicción de la arbitrariedad [art. 9.3 CE] y estabilidad en el empleo (SSTs 29/03/99 -rcud 2598/98 -; y 19/10/99 -rcud 1256/98 -. Y así también las muchas otras que en ellas se citan). Ciertamente que esta última afirmación - opuesta a que el resultado de plaza desierta comporte de por sí el cese de la interinidad contratada - pudiera resultar ser cuestionable desde la redacción del art. 4.2 del RD 2720/1998 y también incompatible con el art. 5.4 de la Orden CAM 21/01/10 que la impugnación del recurso cita, pero esa no es la cuestión que se suscita en las presentes actuaciones, sino la muy diversa de si - en efecto - el proceso selectivo para el que la trabajadora había sido contratada había concluido o no". Pero el supuesto entonces enjuiciado era determinar sí «la extinción del contrato de la actora debía haber tenido lugar..., al menos, al terminar los procesos de selección establecidos con tal fin, no al terminar uno de ellos estando pendiente de celebrar otro distinto, conforme a lo establecido en el convenio», lo que, y conforme ya se ha adelantado, no es el caso debatido en estos autos.

Y esto mismo se reitera en la STS de fecha 18-5-15, recurso nº 2135/15 , ante un supuesto similar, a saber, ocupar provisionalmente, de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos, regulados en los artículos 13.2 y 3 del Convenio Colectivo , para reproducir en uno de sus F. de D. los mismos argumentos ya transcritos: a saber, que "La extinción sólo se produce - salvo que la plaza se amortice - con la cobertura real de la vacante, y no con el acto formal de la de posesión del titular adjudicatario de la vacante objeto de la interinidad, o con la reincorporación - también formal - del titular sustituido, sino que requiere la efectiva incorporación de éste a la plaza, con la consiguiente prestación de servicios, por lo que es indebido el cese para efectuar otro nombramiento bajo la misma modalidad contractual de interinidad; lo contrario sería opuesto a la propia naturaleza de la interinidad y a los principios de interdicción de la arbitrariedad [art. 9.3 CE] y estabilidad en el empleo (SSTs 29/03/99 -rcud 2598/98 -; y 19/10/99 -rcud 1256/98 -. Y así también las muchas otras que en ellas se citan). Ciertamente que esta última afirmación - opuesta a que el resultado de plaza desierta comporte de por sí el cese de la interinidad contratada - pudiera resultar ser cuestionable desde la redacción del art. 4.2 del RD 2720/1998 y también incompatible con el art. 5.4 de la Orden CAM 21/01/10 que la impugnación del recurso cita, pero esa no es la cuestión que se suscita en las presentes actuaciones, sino la muy diversa de si - en efecto - el proceso selectivo para el que la trabajadora había sido contratada había concluido o no". Pero no es éste el supuesto de autos, ni los anteriores razonamientos fueron determinantes para la resolución del contencioso entonces a debate, por lo que, y a juicio de la Sala, y conforme a la doctrina citada en primer lugar, se ha de concluir que concurre en autos causa para la válida extinción del contrato de interinidad suscrito entre partes, al haber concluido el proceso selectivo al que se encontraba vinculada su duración, con la adjudicación de la plaza interinamente ocupada".

En razón a todo lo expuesto, y en aplicación de estos mismos criterios, y al no haberse producido despido alguno, sino la válida extinción del contrato de interinidad suscrito entre partes por las causas consignadas válidamente en el mismo, de conformidad a lo dispuesto en el art. 49.1.b) ET , procede estimar este motivo del recurso."



SÉPTIMO.- En el séptimo y último motivo se alega la infracción del art. 56.1 del ET en relación con el art. 110.1 de la LRJS así como la jurisprudencia, citando las sentencias del TS de 20-9-16 y 11-6-14 rec. 1174/13 .

Sostiene la recurrente que el cálculo de la indemnización que la Sala reconozca debe efectuarse teniendo en cuenta como tiempo computable todo el transcurrido desde el inicio del contrato, sin excluir los períodos en que, como trabajadora fija discontinua que era, no ha prestado servicios hallándose interrumpida la relación. En este sentido invoca la sentencia del TS de 11-6-14 rec. 1174/13 que ha declarado lo siguiente:

"(...) Debemos aquí determinar qué antigüedad se tiene en cuenta a efectos de la promoción económica en el cálculo de los complementos personales por este concepto conforme a lo previsto en el art. 25 ET y, por consiguiente, en atención a la regulación del convenio.

Como decíamos en la STS/4ª de 15 marzo 2010 (rec. 90/2009), "La antigüedad es, según uno de los significados que recoge el Diccionario de la Real Academia, "el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo". Pero ese tiempo puede ser definido de forma distinta, según los efectos a los que se refiere su cómputo, y en el ámbito laboral puede no ser lo mismo la antigüedad a efectos de promoción económica que la antigüedad a efectos de promoción profesional o del cálculo de las indemnizaciones por la extinción del contrato, ...". Estamos aquí ante la necesidad de precisar el alcance del concepto "antigüedad" en relación al complemento salarial que el convenio establece.

4. Los trabajadores demandantes tienen la consideración de trabajadores de carácter indefinido. Ello excluye la posibilidad de equiparlos a los trabajadores eventuales a los que se refiere el apartado séptimo del art. 37 del convenio.

Ese precepto lo que intenta es delimitar qué tipo de prestación de servicios se computa a los efectos del cálculo del trienio, de suerte que la inexistencia de servicios durante tres meses quede excluida y, en consecuencia, el tiempo de prestación continuada durante tres años incluye a todo tipo de trabajador, incluso con interrupciones, siempre y cuando tales interrupciones no alcancen ese lapso de tres meses.

En presente caso, no estamos ante trabajadores temporales, cuyo vínculo se hubiere roto y su prestación de servicios estuviere interrumpida por la extinción del contrato. Aquí se trata de trabajadores indefinidos de carácter discontinuo, cuyo nexo contractual con la parte empleadora está vigente desde su inicio, con independencia de la distribución de los tiempos de prestación de servicios en atención a los llamamientos que haga la empresa.

El precepto convencional no contiene regla específica alguna respecto de esta modalidad de contratación de duración indeterminada. Ante dicho silencio, la equiparación a los temporales pretendida por quien recurre resultaría totalmente alejada de la razonabilidad. Como hemos apuntado, para el personal temporal la exclusión se relaciona con la extinción contractual y, aun en tales casos, únicamente con la extinción que supera un tiempo determinado, de forma que a aquellos trabajadores temporales que vuelven a ser contratados se les computarán, a los efectos de trienios, todas las rupturas del vínculo inferiores a tres meses. Por el contrario, los trabajadores indefinidos discontinuos no tienen limitada la duración del contrato, sino la de su jornada anual -irregular y sometida a la necesidad de llamamiento-."

Sin embargo, ni esta sentencia ni la de fecha 20-9-16 (que no resuelve al no existir el presupuesto de la contradicción) se refieren a la indemnización por despido, sino al complemento de antigüedad, y en la propia sentencia ya se precisa que la solución no tiene por qué ser idéntica en unos y otros supuestos. Respecto al complemento de antigüedad la actora sí tiene reconocidos 5 trienios.

Si se atendiera a la tesis del recurso, se produciría un enriquecimiento injusto, ya que se estaría calculando la indemnización como si durante todos los meses se hubiera percibido el salario - en este caso de 875,82 euros mensuales - que solamente se ha percibido en los meses de verano. La pérdida del contrato se indemnizaría con una cantidad igual para el trabajador que ha prestado servicios todos los meses del año y para el que solo ha trabajado realmente una parte del año. Para que el cómputo de la totalidad del tiempo, incluso el no trabajado, en un contrato fijo discontinuo, tuviera visos de razonabilidad, habría que aplicar un salario promedio anual, que en el caso de la actora sería de 234,85 euros, planteamiento que no hay que examinar por no haber sido suscitado en este litigio.

Cabe reseñar que el criterio jurisprudencial en cuanto a los salarios de tramitación, que también tienen naturaleza indemnizatoria, es el de la exclusión de los períodos no trabajados por los fijos discontinuos, como señala entre muchas otras la sentencia del TS de 24-9-12 rec. 2821/11 :

"(...) Esa solución es aplicable, también, por analogía al presente caso, cual autoriza el artículo 4-1 del Código Civil, por existir identidad de razón, ya que los contratos fijos- discontinuos, contemplados en el artículo 15-8 del Estatuto de los Trabajadores , aunque son indefinidos tienen una duración periódico-temporal que conlleva su



finalización cuando termina la temporada, la actividad cíclica o discontinua que los motiva, sin perjuicio de que el trabajador deba ser llamado y contratado cuando se reinicie esa actividad cíclica. En apoyo de este criterio debe señalarse, igualmente, el carácter resarcitorio que tienen los salarios de tramitación con cuyo pago se persigue indemnizar por la pérdida salarial sufrida durante la tramitación del despido (SS. TS de 14 de julio de 1998 (Rec. 3482/97), 1 de marzo de 2004 (Rec. 4846/02), 20 de febrero de 2006 (Rec. 506/05) y 18 de abril de 2007 (1254/06), ente otras), carácter indemnizatorio que obliga a la estricta reparación del perjuicio causado, salarios dejados de percibir, conforme a lo previsto en los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, preceptos que evidencian que se trata de reparar el valor de la pérdida sufrida y no de enriquecer al perjudicado, motivo por el que, como señala la última de las sentencias citadas, esos salarios de trámite no se abonan durante los periodos de tiempo en los que el despedido trabaja en un nuevo empleo, cual dispone el art. 56-1-b) del Estatuto de los Trabajadores".

"Este criterio es coincidente con el sentado en nuestra sentencia de 16 de enero de 2009 (Rcud. 3584/2007) en la que, tras resaltar el carácter indemnizatorio de los salarios de trámite, naturaleza que permite descontar de su importe lo cobrado en otro empleo o lo devengado en periodos durante los que no existió obligación de trabajar por suspensión del contrato, añadimos: "en una relación de trabajo de fijo-discontinuo, la delimitación o concreción de las cantidades correspondientes requiere por razones cronológicas la comprobación o concreción en la ejecutoria o en el trámite de ejecución del período de trabajo efectivo determinante de los salarios de tramitación (STS 5-5-2004, citada)".

Por todo ello se ha de desestimar este último motivo, y en atención a lo razonado, debe prosperar en parte el recurso, reconociendo a la actora una indemnización, por la válida extinción de su contrato, de 20 días por año, pero computando 5.661 días (hecho probado 2º) de prestación efectiva de servicios. La actora tiene un salario diario de 28,79 € y le corresponde una indemnización de 305,69 días de salario, es decir de (28,79 x 305,69) = 8.800 €.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

FALLAMOS:

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a. Leticia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de MADRID en fecha 15 de marzo de 2.017 en autos 1143/2016 seguidos a instancia de la recurrente contra CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID y en consecuencia revocamos dicha sentencia y estimando parcialmente la demanda, condenamos a la parte demandada a abonar a la actora una indemnización de 8.800 euros desestimando el resto de las pretensiones. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **694/2017** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 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 (CCC) siguiente: (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 (2870 0000 00 **694/2017**), 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.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.