



Roj: **STSJ M 11809/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:11809**

Id Cendoj: **28079340042017100679**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/10/2017**

Nº de Recurso: **488/2017**

Nº de Resolución: **690/2017**

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** : 28.079.00.4-2016/0045031

**Procedimiento Recurso de Suplicación 488/2017**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid Despidos / Ceses en general 1036/2016

**Materia** : Despido

MR

**Sentencia número: 690/2017**

**Ilmo/as. Sr/as.**

**Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ**

**D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**

**Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN**

En Madrid, a 26 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 los Recursos de Suplicación seguidos con el número 488/2017 formalizados por el letrado DON PEDRO ZABALO VILCHES en nombre y representación de DOÑA Olga y por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia número 29/2017 de fecha 24 de enero, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de los de Madrid , en sus autos número 1036/2016, seguidos a instancia de la primera recurrente frente



a la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación 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. D<sup>a</sup> Olga suscribió, con la Residencia de Ancianos Torrelaguna de la COMUNIDAD DE MADRID, contrato de interinidad con vigencia desde 22.1.2007, para prestar servicios como Auxiliar de Hostelería, jornada parcial, 1 hora 30 minutos diarios, para sustituir a D<sup>a</sup> María Esther durante la reducción de jornada por guarda legal.*

*SEGUNDO. D<sup>a</sup> María Esther ha obtenido el destino como titular del puesto NUM000 en Residencia Torrelaguna (efectos 1.2.2008); al no producirse la reincorporación, el contrato de interinidad de D<sup>a</sup> Olga pasa a tiempo completo hasta que la vacante se provea por los diferentes turnos previstos en Capítulo V del Convenio Colectivo, incluidos los concursos de traslado, O.P.E. (folio 44).*

*TERCERO. Se notifica a la actora:*

*"Mediante las Resoluciones de 22, 27 y 29 de julio de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, se procede a la adjudicación de los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de las categorías profesionales de Diplomado en Enfermería, Auxiliar de Hostelería y Auxiliar de Enfermería respectivamente.*

*En consecuencia, le notifico la finalización de su contrato de la categoría de AUXILIAR DE HOSTELERIA, en el/ la centro de trabajo de RESIDENCIA DE MAYORES DE TORRELAGUNA de este Organismo Autónomo, el día 30 de septiembre de 2016, en el NPT NUM000 , y de conformidad con lo estipulado en la/s cláusula/s quinta de su contrato (folio 44 vuelta).*

*CUARTO. Por Orden de 3 de abril de 2009, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, por la que se convoca proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Hostelería (Grupo V, Nivel I, Área C). (Folio 45).*

*Se resuelve por resolución de 27 de julio de 2016, de la Dirección General de Función Pública, por la que se procede a la adjudicación de destinos correspondiente al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Hostelería (Grupo V, Nivel 1, Área C).*

*QUINTO. El puesto NUM000 de la Agencia Madrileña de Atención Social, adscrito a la R.M. Torrelaguna se adjudica a D<sup>a</sup> Esmeralda (puesto NUM001 ).*

*SEXTO. Se suscribió, el 30 de septiembre de 2016, contrato de trabajo indefinido con D<sup>a</sup> Esmeralda para el puesto NUM000 , categoría de Auxiliar de Hostelería, turno de tarde, Residencia de Ancianos de Torrelaguna.*

*SEPTIMO. El salario mensual con prorrata de pagas es de 1.534,56 euros.*

*OCTAVO. Comparecen las partes."*

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

*" Estimando en parte la demanda presentada por D<sup>a</sup> Olga frente a CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, se desestima la petición de declaración de improcedencia del despido, al extinguirse la relación laboral por cobertura de la vacante desempeñada, y se condena a la CONSEJERIA D EPOLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID a abonar a D<sup>a</sup> Olga , como indemnización por finalización del contrato, la cantidad de 5.984,78 euros como indemnización.*

*Se desestima la excepción de acumulación indebida de acciones."*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunciaron sendos recurso de suplicación por ambas partes, habiendo sido recíprocamente impugnados.



**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 Sala en fecha 6 de junio 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 para los actos de votación y fallo. En dicho acto la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN. Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 26 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

**ÚNICO .-** Con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega por la trabajadora que debió ser declarada indefinida no fija y que, dado que no presta ya servicios, se ha producido un verdadero despido que ha de calificarse de improcedente al no observarse los requisitos establecidos en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores , en los términos de la D.T. undécima del mismo cuerpo legal . Además considera infringida la doctrina del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013, porque el contrato de interinidad está vinculado a la efectiva ocupación de la plaza por su titular, y cita la sentencia dictada por este Tribunal 613/2016 de la Sección Tercera , interesando que se declare la improcedencia del despido o la petición subsidiaria de la demanda.

Por parte de la empleadora se denuncia la infracción del artículo 26.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por considerar que existe una acumulación indebida de acciones al reclamarse una indemnización; además se estima vulnerado el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores , por considerar que el contrato estaba ajustado a derecho, no existiendo trato discriminatorio por lo que solicita que se desestime íntegramente la demanda.

Las cuestiones planteadas han sido ya objeto de varios pronunciamientos de esta Sala, por todos el más reciente contenido en la sentencia de la sec. 1<sup>a</sup>, S 29-9-2017, nº 818/2017, rec. 607/2017 :

*SEPTIMO.- Sin embargo, no es ésa la conclusión alcanzada en el mismo supuesto por la Sección Sexta de este Tribunal en su sentencia de 8 de mayo de 2.017 (recurso nº 87/17 ), resolución judicial que adquirió firmeza al ser consentida por ambas partes, entre ellas la Comunidad de Madrid que de nuevo recurre. Elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley conducen a aplicar el mismo criterio que en ella se sentó. Al efecto, señala: "(...) El tercero y último aborda el tema de la eventual indemnización que pudiera corresponder a la actora por la lícita extinción de su contrato de interinidad. En orden a fijar nuestra respuesta consideramos que se deben abordar estas cuestiones: 1) el contraste entre los eventuales términos en que se planteó esta petición en instancia y en la fase de suplicación del proceso; 2) la posibilidad legal de conceder una indemnización por la extinción de un contrato de interinidad; 3) el eventual importe de esa indemnización. A propósito del primero de esos extremos: Como hemos dicho, la demanda pidió que se declarara la existencia de despido y, en su defecto, 'se proceda a la indemnización prevista en el ET para el despido improcedente o subsidiariamente se le abone la indemnización establecida por cese en contrato de tiempo cierto'. En el acto del juicio la CM sostuvo (...) que en orden a fijar esa indemnización no podía ser aplicada la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2015 (sic) , exponiendo las razones en las que basaba esa opinión. El juzgador de instancia hizo cita en el fundamento de derecho séptimo de la resolución ahora impugnada ante este Tribunal a la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de '14 de septiembre de 2015 ' (se refería en realidad a la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14 , **Diego Porras**), si bien no hizo mención alguna sobre su eventual incidencia en el caso presente, ya que, como se ha dicho, aquél calificó la extinción del contrato de la actora como despido improcedente con la indemnización ordinaria prevista para estos casos, lo cual nada tenía que ver con dicha sentencia comunitaria".*

*OCTAVO.- A renglón seguido, expresa: "(...) El recurso de la CM vuelve a incidir sobre esta cuestión, indicando: 'entendemos que en el caso en que se entendiera que procede el reconocimiento de alguna indemnización a la actora, sería en todo caso la prevista en el art. 49.1.c) ET '. En el escrito de impugnación de recurso se hace oposición a esa petición subsidiaria diciendo: 'En relación con la cláusula 4 del Acuerdo marco, debe recordarse que su apartado 1 establece una prohibición, en lo que respecta a las condiciones de trabajo, de tratar a los trabajadores con contrato de duración determinada de manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada'. En consecuencia, debe entenderse que el concepto de 'razones objetivas', en el sentido de la cláusula 4, apartados 1 o 4, del Acuerdo marco, no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada*



y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo ( sentencias de 13 de septiembre de 2007 , Del Cerro Alonso , C 307/05, EU:C:2007:509 , apartado 57; de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres , C 444/09 y C 456/09, EU:C:2010:819 , apartado 54; de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana, C 177/10, EU:C:2011:557 , apartado 72, y de 18 de octubre de 2012, Valenza y otros, C 302/11 a C 305/11, EU:C:2012:646 , apartado 50). De esta interpretación se desprende que la indemnización que debieran recibir los trabajadores con contrato de duración determinada a la finalización del mismo, sería la indemnización establecida para el despido por razones objetivas de un trabajador fijo comparable, recogido en el art. 53 del Estatuto de los Trabajados, debiéndose cumplir igualmente sus requisitos (...). Así pues, es congruente con lo debatido en instancia que abordemos la problemática referida a si cabe conceder a la Sra. Tatiana . una indemnización por válida extinción de su contrato de interinidad".

NOVENO.- Luego, proclama: "(...) Esta problemática no puede desvincularse del derecho de los justiciables a que los jueces y tribunales resuelvan conforme al sistema de fuentes establecido en nuestro ordenamiento jurídico ( art. 24.1 CE ), lo cual conecta, a su vez, con estas cuestiones: por un lado, la eventual colisión entre la previsión establecida en el art. 49.1.c) ET (exclusión de indemnización por válido fin de contrato interino) con la Directiva 1999/70/CE y el principio de prohibición de trato desfavorable entre trabajadores fijos y temporales que en ella se establece; por otro, el alcance de la reserva de la competencia del Tribunal Constitucional para depurar la legalidad de las normas postconstitucionales con rango de ley de nuestro ordenamiento interno y las eventuales excepciones a esa reserva de acuerdo con la posición que ocupa el Derecho comunitario dentro del sistema de fuentes del ordenamiento español y la eficacia de sus normas. (...) Sobre la indicada reserva en favor del órgano constitucional mantiene la muy reciente STC 1/17 : '... es efectivamente doctrina de este Tribunal que los órganos de la jurisdicción ordinaria no pueden inaplicar una ley postconstitucional vigente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues al hacerlo incurren en exceso de jurisdicción de conformidad con los arts. 153 a ) y c ) y 163 CE , en la medida en que interpretan preceptos y normas de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad ( STC 173/2002 , FJ 7), y vulneran además las garantías procesales del art. 24 CE , pues aunque pueda resultar esa decisión judicial 'aparente o formalmente motivada' no es, sin embargo 'una resolución fundada en Derecho' resultando así 'lesiva de las garantías del proceso debido' y provocando 'indefensión' a la parte recurrente (por todas, STC 177/2013, de 21 de octubre , FJ 8), con cita de otras)".

DECIMO.- Más adelante, dice: "(...) Las excepciones a la necesidad de dicha reserva en favor del TC requieren considerar el principio de primacía del Derecho comunitario y la eficacia de sus disposiciones, cuestiones éstas que precisan examen por separado. (...) La sentencia del TC 232/15 se refiere a las excepciones a la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en orden a la eventual inaplicación por parte de un órgano judicial español de una ley postconstitucional que puede resultar contraria a otra norma comunitaria, diciendo: '... este Tribunal ya ha tenido ocasión de resolver: a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ) si existe una 'duda objetiva, clara y terminante' sobre esa supuesta contradicción ( STC 58/2004 , FFJJ 9 a 14). b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7 ; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 , y 99/2015, de 25 de mayo , FJ 3 ). c) Ahora bien, sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una 'selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso', lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( STC 145/2012, de 2 de julio , FFJJ 5 y 6)'. O, lo que es lo mismo: cuando una norma comunitaria ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentido opuesto al que resulta de la normativa interna española, debe tenerse en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea".

UNDECIMO.- Después, la aludida sentencia sigue exponiendo en lo que aquí interesa: "(...) Ahora bien, para que entre en juego ese principio de primacía del Derecho comunitario hay que considerar la eficacia de la disposición comunitaria que pretende aplicarse por encima de la normativa interna española, a propósito de lo cual mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 (Rec. 207/15 ): a).- La llamada 'eficacia directa' del Derecho UE - posibilidad de aplicar el Derecho de la Unión en los Estados miembros con independencia de las previsiones del Derecho interno- se halla limitada en principio a los Reglamentos de la UE, que son 'directamente aplicable(s) en cada Estado miembro' ( art. 288 TFUE ), por integrarse en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de su publicación en el DOUE ( art. 297 TFUE ); de manera que el



Derecho originario puede ser -desde su entrada en vigor- invocado antes los órganos jurisdiccionales nacionales (así, desde la STJ 05/02/1963, asunto 26/62, 'Van Gend & Loos'). b).- Ciertamente que a partir de la STJ 04/12/1974 (asunto C- 41/74 'Van Duyn') la posibilidad de 'eficacia' directa se extiende igualmente -aunque en forma muy limitada- a una parte del Derecho derivado, al sentarse el criterio de que las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta (la llamada eficacia 'reaccional'), pero ha de tenerse en cuenta que: 1º).- En tanto que opera como 'garantía mínima' frente a la anómala situación provocada por la dejadez estatal (STJ 15/07/1982, asunto 270/81, 'F. Rickmers'), su contenido ha de ser incondicional y suficientemente claro y preciso (STJ asunto 'Van Gend & Loos'), aunque posteriormente el TJUE elimina la exigencia de claridad y requiere tan sólo que las Directivas sean 'incondicionales y suficientemente precisas' (STJ 19/01/1982, asunto 'U. Becker'), de forma que impongan 'una obligación en términos inequívocos' (STJ 23/02/1994, asunto 'Difesa della Cava'); 2º).- Su operatividad -con trasfondo sancionador- se limita al marco de las relaciones verticales (poderes públicos/particulares) y en sentido unilateral (sólo los particulares pueden invocar la Directiva frente a los poderes públicos) (SSTJ 11/06/1987, asunto 'Pretore di Saló'; 08/10/1987, asunto 'Kolpinghuis Nijmegen'; y 03/05/2005, asunto 'Berlusconi'). c).- Tal como se ha apuntado, al tener la eficacia directa de las Directivas un trasfondo sancionador, en tanto que -conforme a lo indicado- se hace valer por el particular frente al Estado incumplidor, lógicamente la misma ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas y carecen de eficacia invocable en plano 'horizontal', pues 'una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra' (aparte de otras anteriores ya citadas, las SSTJ 05/04/1979, asunto 'Ratti'; 07/12/95, asunto 'Spano'; 19/01/2010, asunto 'Küçükdeveci', ap. 46; 24/01/2012, asunto 'Domínguez', ap. 42; 15/01/2014, asunto 'Association de médiation sociale'; 05/10/2004, asunto 'Pfeiffer', ap. 108; y la reciente 19/04/2016, asunto C-441/14, 'Dansk Industri', ap. 30)".

DUODECIMO.- Sienta a continuación: "(...) 1.- Los sujetos (pasivos) de la 'eficacia vertical'. Abundando en esta línea explicativa hemos de indicar -con las SSTJUE 24/01/2012, asunto 'Domínguez', aps. 38 y 38; y 12/12/13, asunto 'Portgás', aps. 23 y 24- que: 'a).- Se ha mantenido un sentido amplio del sujeto frente al que invocar las disposiciones comunitarias, al afirmar que pueden aducirse 'contra un Estado, sea cual sea la condición en la que actúa, como empleador o como autoridad pública'. b).- Asimismo, las Directivas son invocables -cuando proceda y en tanto que como efecto directo- también, de entre las entidades públicas, contra 'los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes'. De donde se concluye con la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 en las relaciones laborales que mantiene la CM con sus trabajadores. (...) Por último haremos mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14, asunto **Diego Porras**), la cual concluye que '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'".

DECIMOTERCERO.- También pone de relieve: "(...) El presupuesto del que parte dicha conclusión radica en equiparar el fin de un contrato temporal interino ( art. 49.1.c) ET ) con el fin de un contrato fijo por causa de crisis o reordenación empresarial (despido del art. 49.1. i ) y l) ET ). En el fondo, bajo este planteamiento subyacen tres presupuestos. Primero: tal como resulta del fundamento 23 de esta sentencia, una asimilación de los conceptos 'condiciones objetivas' determinantes del fin de una relación laboral (ejecución de una obra o servicio determinado o producción de un hecho determinado) y 'despido objetivo' del contrato de trabajo (el debido a causa económica, técnica, organizativa o productiva conforme a los términos definidos en el art. 51.1 ET ). Segundo: partiendo de dicha equiparación, reclasificación de todas las causas de extinción del ordenamiento español en dos únicas categorías: subjetivas y objetivas. Tercero: atribuir automáticamente a todos los supuestos incluidos en la categoría 'objetiva' el mismo régimen indemnizatorio de extinción, con independencia de todo otro factor. Hemos de manifestar respetuosamente que ese planteamiento jurídico nos suscita serias dudas, por varias razones. Es cuestionable la indicada equiparación, porque se establece sobre la base de una homologación que no existe, ni conceptual ni jurídicamente. Las 'condiciones objetivas' determinantes del fin de una relación laboral se refieren a un hecho constatable directamente (por ejemplo, el fin de una obra o la incorporación de un titular a una plaza); mientras, el despido por 'causa objetiva' regulado en el art. 52 c) ET hace referencia a un concepto jurídico en el cual se considera un hecho (por ejemplo, la situación económica o la organización de la empresa) que debe ser valorado desde una perspectiva específica (la establecida en los concretos términos que fija el art. 51.1 ET ). Por otra parte, si aceptamos la indicada equiparación de base (asimilación de los conceptos concurrencia de 'condiciones objetivas' determinantes del



fin de una relación laboral con 'despido objetivo' del contrato de trabajo), la consecuencia será que igualmente deberían considerarse como condición objetiva de extinción contractual algunas conductas citadas en el art. 54.2 ET como justificativas del despido disciplinario -cuyo carácter de causas subjetiva de extinción contractual hasta ahora no se puesto en duda-. (...) Pese a estas dudas, no creemos posible que este Tribunal plantee nueva cuestión prejudicial sobre la materia, puesto que la solución que entendemos más acorde (igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, conforme a los criterios del art. 49.1.c) ET ) no puede ser suscitada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en función de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE. La razón se debe a que las posibles diferencias de trato entre distintas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación tutelado a través del Acuerdo incorporado a dicha norma comunitaria (fundamento 38 de la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016)".

DECIMOCUARTO.- Finalizando así: "(...) Llega la hora de concretar nuestra decisión sobre el tercer motivo de recurso de la CM. Éste pide descartar toda indemnización por lícito fin del contrato de interinidad de la actora -petición principal- o, de conceder alguna, que sea la fijada en el art. 49.1.c) ET para determinados casos de trabajadores temporales -petición subsidiaria-. Esa decisión se adoptará a partir de la doctrina comunitaria, la doctrina constitucional y la jurisprudencia que se ha citado anteriormente, de cuyo conjunto deducimos: La contradicción entre la cláusula. 4.1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la citada Directiva 1999/70/CE (principio de prohibición de trato desfavorable entre trabajadores fijos y temporales) y el art. 49.1.c) ET (exclusión de indemnización a los trabajadores interinos que válidamente finalicen sus relaciones laborales) ha sido aclarada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en el sentido de que no queda justificado que por el mero hecho de ser interino un trabajador no tenga derecho por fin de su relación laboral a la indemnización establecida en el ordenamiento español para el caso de los despidos objetivos de trabajadores fijos. La Directiva 1999/70/CE goza del principio de primacía del Derecho comunitario. Goza también en este caso de eficacia directa vertical en la relación laboral entre las partes procesales, dado que estamos en un pleito entre un Organismo público ('CM') que actúa como prestador de un servicio público y un particular. Para aplicar la doctrina comunitaria establecida en la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016 no es preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad, por las razones indicadas en la doctrina constitucional que se reseña en el decimotercer fundamento de derecho de la presente sentencia. En consecuencia, procede por parte de este órgano judicial aplicar la doctrina de dicha sentencia comunitaria, dada la absoluta igualdad de ambos supuestos litigiosos (mismo empleador y misma válida causa de extinción de contratos de interinidad). (...) Correlativamente, procede estimar los dos primeros motivos de recurso y revocar la decisión de instancia referida a que la causa de extinción del contrato de la actora se califique como despido, ya que estamos ante válida extinción de contrato interino por cobertura de vacante. En cuanto al motivo tercero, solo procede su estimación parcial, en el sentido de que el fin de servicios de la actora conlleva su derecho a percibir indemnización, equivalente a 20 días de salario por año trabajado (...)"

DECIMOQUINTO.- Las razones profusamente expuestas en la sentencia firme de la Sección Sexta de esta Sala que acabamos de reproducir parcialmente revelan que no impide el devengo de la indemnización reclamada de manera subsidiaria el que la extinción del contrato de trabajo de interinidad por vacante de la actora con efectos de 30 de septiembre de 2.016 obedeciera a un motivo válido, cuál es la cobertura reglamentaria de la vacante desempeñada durante varios años de forma interina, y no entrañe, por tanto, un despido objetivo en sentido técnico-jurídico, aunque, eso sí, se base en causa no inherente a su persona o, si se prefiere, de índole no subjetiva. Por ello, no es ocioso recordar la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 28 de marzo de 2.017, en Pleno (recurso nº 1.664/15) y 9 de mayo de 2.017 (recurso nº 1.806/15), dictadas ambas en función unificadora, por mucho que hagan méritos a personal laboral indefinido no fijo. Como proclama la segunda, siguiendo los criterios marcados por la primera: "(...) 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" (el énfasis es nuestro).

DECIMOSEXTO.- Por tanto, el motivo se rechaza, lo que nos conduce a abordar el segundo y último, en el que la Comunidad de Madrid trae a colación la vulneración de los artículos 26 y 123 de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Insiste, en suma, en la excepción de indebida acumulación objetiva de acciones. Tampoco este motivo puede prosperar, y ello con apoyo en la doctrina que luce en las sentencias de la Sala de lo Social del Alto Tribunal antes reseñadas. Al efecto, la segunda de ellas indica: "(...) Sin que esto suponga incurrir en incongruencia ultra petita, puesto que como ya hemos señalado, la acción de despido



*ejercitada en la demanda (...), permite el reconocimiento de la indemnización que legalmente corresponda si la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo lo ha sido conforme a derecho, y que en este supuesto, de acuerdo a lo antedicho, debe ser la de veinte días por año de servicio". Se trata, por tanto, de queja que se desecha, haciéndolo también en el apartado 3 del fundamento segundo de la misma, donde se afirma: "(...) Sostiene el Abogado del Estado en la impugnación que con este segundo motivo se pretende introducir en fase de casación una cuestión nueva que no fue invocada en suplicación, al no haber instado anteriormente la demandante el pago de la indemnización correspondiente a la extinción de los contratos temporales a la que se refiere el art. 49.1 letra c) ET . Alegato que no es atendible, cuando los mismos argumentos de la Sala IV que recoge la sentencia referencial admiten la posibilidad de imponer en estos casos la condena al pago de la indemnización que legalmente corresponda, porque lo que el trabajador reclama cuando solicita la calificación del cese como despido nulo o improcedente no es otra cosa que el abono de la máxima indemnización legal que proceda, sin que sea necesario que se tenga que instar en la demanda la pretensión concreta de una específica cuantía indemnizatoria, de tal manera que la acción ejercitada en reclamación de la indemnización correspondiente al despido improcedente lleva en sí mismo implícita la de la menor indemnización que el antedicho precepto contempla para la extinción de los contratos temporales ", lo que permite desechar cualquier alegación respecto de una supuesta indebida acumulación de acciones , al estar implícita la indemnización subsidiariamente propugnada en la acción de despido que se ejercita."*

Es pues evidente que no habiendo hecho ni motivo alguno para considerar que el contrato de interinidad no era ajustado a derecho y por otra parte estando probado que el mismo se ha extinguido por producirse la causa prevista para ello, habiéndose cubierto la vacante que la actora ocupaba por quien ha devenido titular de la misma, no existe despido, sino cese que ha de ser indemnizado en la forma señalada en la resolución transcrita, lo que lleva a la estimación de la petición subsidiaria del recurso de la actora y a la desestimación del de la demandada, al no existir tampoco acumulación de acciones.

Siendo la antigüedad de 22 de enero de 2007 (9 años y 9 meses) y el salario de 1.534,56 euros mensuales con prorrata, diario de 50,45 euros, corresponde una indemnización de 9.837,75 euros (195 días).

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

## FALLAMOS

Que en los Recursos de Suplicación seguidos con el número 488/2017 formalizados por el letrado DON PEDRO ZABALO VILCHES en nombre y representación de DOÑA Olga y por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia número 29/2017 de fecha 24 de enero, dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de los de Madrid , en sus autos número 1036/2016, seguidos a instancia de la primera recurrente frente a la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación por despido, estimamos en parte el de la trabajadora y desestimamos el de la demandada y revocamos la resolución impugnada en cuanto a la indemnización que se fija en NUEVE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (9.837,75 euros) a cuyo pago condenamos a la demandada, confirmando los demás pronunciamientos de la sentencia y condenando a la COMUNIDAD DE MADRID a la pérdida de los depósitos y consignaciones y al pago de los honorarios del letrado de la actora en cuantía de 300 euros.

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 2829-0000-000488-17 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 (2829000000048817), 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 adquiriera 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.

### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA SRA. D<sup>a</sup> MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ**

Con el máximo respeto a la resolución mayoritaria, siguiendo el criterio que, esta Sección cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha venido manteniendo frente al problema concreto de la indemnización, reproduzco en este Voto Particular, el sentido del mismo.

Mantenemos fundamentalmente que siendo un cese ajustado a derecho la demandante no tendría derecho a percibir indemnización alguna.- Llegados a este punto, resulta que, si la extinción del contrato de trabajo de la parte actora es ajustada a derecho, queda por solventar si esa extinción debe ser indemnizada o no y si lo debe ser con los 20 días por año de servicio que la parte actora reclamaba en demanda con base en la doctrina del TJUE que recientemente se ha pronunciado en el conocido caso **Diego Porras**.

Pues bien, dado que esa doctrina que se invoca como título que ampara la reclamación subsidiaria que se formulaba por la parte demandante en su demanda lo era para trabajadores que habían adquirido la condición de indefinidos no fijos, en principio no es posible trasladarla al que nos ocupa, en donde se ostenta la condición de trabajador interino cuya relación laboral se ha extinguido conforme a las causas legalmente establecida.

En todo caso, esa doctrina parte de un trato discriminatorio en relación con los trabajadores fijos y respecto de los trabajadores temporales que no tengan reconocida indemnización por fin de contrato por causas objetivas que es la que tiene establecida nuestra legislación en el art. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores pero que, realmente, no hace exclusión de los temporales que, por cierto, tienen establecida en el art. 49.1 c) del ET la indemnización que introdujo la reforma de 2001 aunque en esa regulación se ha excluido a los contratos de interinidad. Tampoco estaríamos en el caso que se ha resuelto por la Sala 4<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de marzo de 2017 y otras posteriores, referidas todas ellas a trabajadores indefinidos no fijos, en los que se otorga por analogía una indemnización de 20 días en atención al carácter fraudulento de su contratación que llevó a ser calificados como trabajadores indefinidos no fijos, nada de lo cual se presenta en este caso.

Finalmente, aunque la indemnización del art. 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores tampoco se reclama en estas actuaciones, partiendo de que la extinción del contrato de interinidad es procedente, no podemos anudar a esa declaración ningún efecto indemnizatorio por cuanto que el contrato de interinidad no está bajo la cobertura de aquel precepto, tal y como hemos resuelto, en otros recursos, en los que se deja sin efecto la indemnización de 12 días ( STSJ de Madrid Recurso 431/2017 ) que doy aquí por reproducido".

### **PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia con su voto particular por la Ilma. Sra. Magistrado que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe. En Madrid, a