



Roj: **STSJ M 11818/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:11818**

Id Cendoj: **28079340052017100607**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/10/2017**

Nº de Recurso: **424/2017**

Nº de Resolución: **612/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 424/17-LO

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

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

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0045628

Procedimiento Recurso de Suplicación 424/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid Despidos / Ceses en general 522/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 612

Ilmos. Sres

D./Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

-PRESIDENTE-

D./Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

D./Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a treinta de octubre de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 424/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MIGUEL CARLOS GUERRERO PARDO en nombre y representación de D./Dña. Guadalupe , contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid en sus autos número 522/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Guadalupe frente a COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-



Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. ALICIA CATALA PELLON, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

"PRIMERO.- DÑA. Guadalupe , con DNI nº NUM000 , presta servicios por cuenta y dependencia de la demandada AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en la Residencia de Mayores de Manoterías, con antigüedad de 27 de diciembre de 2007, categoría profesional de auxiliar de hostelería y salario mensual de 1.409'74 euros, con prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- El 26 de diciembre de 2007 las partes suscribieron contrato de interinidad para la sustitución de la trabajadora Dña. Otilia . Posteriormente, una vez la plaza quedó vacante, el contrato interinidad mantuvo su vigencia hasta que la vacante generada fuera provista en el concurso de traslados convocado por orden 2493/2005, de 18 de noviembre, o se produjera alguna causa de extinción prevista por la normativa a cuyo amparo se celebró el contrato de interinidad. El contenido del contrato, así como la diligencia posterior, unidos a los folios 57 y siguientes, se da por reproducido.

TERCERO.- El 30 septiembre de 2016 la demandada comunicó a la actora la finalización de su contrato con efectos de 30 septiembre 2016, al haberse adjudicado los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de hostelería (folio 12).

La demandante ha vuelto a ser contratada por la demandada, y presta servicios para ella desde el 1 de octubre de 2016 (folios 66 y 67).

CUARTO.- Por orden del 3 abril 2009 la demandada convocó proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de hostelería. El proceso ha sido resuelto en resolución de 27 julio 2016, en el que la plaza que cubría la demandante ha sido adjudicada a D. Jose Ignacio , que suscribió contrato de trabajo indefinido con la demandada el 30 septiembre de 2016 (folios 61 y 62). Ahora bien, como este último solicitó una excedencia, la plaza se encuentra cubierta por medio de un interino de cobertura de vacante, Dña. Visitacion (folio 63).

QUINTO.- La actora no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical".

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

"Que desestimando la demanda interpuesta por DÑA. Guadalupe contra la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, absuelvo a la demandada de las peticiones contenidas en la misma".

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

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 13/06/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 25/10/2017 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora presta servicios por cuenta y dependencia de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid, en la Residencia de Mayores de Manoterías, con antigüedad de 27 de diciembre



de 2007, categoría profesional de auxiliar de hostelería y salario mensual de 1.409,74 euros, con prorrata de pagas extraordinarias, en virtud de un contrato de interinidad que inicialmente se celebró para la sustitución de otra trabajadora y que posteriormente, una vez la plaza quedó vacante, pasó a ser una interinidad por vacante hasta que fuera provista en el concurso de traslados convocado por Orden 2493/2005, de 18 de noviembre o se produjera alguna causa de extinción prevista por la normativa a cuyo amparo se celebró el contrato de interinidad.

El 30 septiembre de 2016, la demandada comunicó a la actora la finalización de su contrato con efectos de ese mismo día, al haberse adjudicado los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de hostelería. La plaza fue adjudicada a otro trabajador, quien suscribió un contrato de trabajo indefinido con la demandada el 30 septiembre de 2016, pero que solicitó una excedencia, motivo por el que se encuentra cubierta por medio de un interino de cobertura de vacante.

SEGUNDO .- La sentencia de instancia ha desestimado la demanda en la que la actora interesaba la calificación de la extinción de su contrato como despido y subsidiariamente la condena de la Agencia demandada al abono de una indemnización de veinte días por año de servicio, argumentando, en síntesis, que aunque no puede admitirse la falta de acción alegada por la Comunidad de Madrid, la extinción del contrato no puede calificarse como despido «... *incluso aunque se partiese de la base de que la relación de la actora con la demandada fuese de carácter indefinido no fijo, por excederse el plazo de tres años establecido en el art. 70.1 del EBEP* », por aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo «... *de 7 noviembre 2016 (RJ 2016\5622), que reitera los criterios que ha venido estableciendo en relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, "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 (RCL 2015, 1654)...*».

También razona el Magistrado de instancia, que no cabe la estimación de la pretensión articulada con carácter subsidiario, no solo porque «... *nos encontramos ante una indebida acumulación de acciones...*», sino porque ni «... *estamos ante un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas...*», ni resulta aplicable la doctrina contenida en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, al resolver un supuesto diferente.

TERCERO .- Dicho pronunciamiento ha sido recurrido en suplicación por la representación Letrada de la demandante, impugnándolo la de la Comunidad de Madrid, a través de tres motivos, articulados todos ellos, a través del artículo 193 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

En el primero, se denuncia la infracción de los artículos 15 , 49 y 55 del Estatuto de los Trabajadores y 8 del RD2720/1998 , en relación con la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 (R 301/12), que razona lo siguiente:

«a).- *El art. 13 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la CAM dispone (...) que «una vez celebrados los procesos de promoción profesional específica, las plazas que resulten liberadas o desiertas, se incluirán en la siguiente Oferta de Empleo Público, en turno simultáneo de promoción interna y libre» y que las «vacantes no cubiertas en Turno de Promoción Interna se acumularán a las del sistema general de acceso libre»; y*

b).- *El contrato de interinidad suscrito con la actora previó expresamente -de forma inequívocamente genérica- que duraría «hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los arts. 13.2 y 3 del Convenio Colectivo la plaza vacante nº NUM001», sin hacer referencia alguna -no ya exclusiva- a la promoción interna.*

c).- *De esta forma, el hecho de que hubiese finalizado el proceso selectivo de «promoción profesional específica» convocado por Orden de 19/Febrero/2008 [por lo tanto, de fecha posterior al contrato], en el que precisamente se declaró desierta la plaza NUM001, en manera alguna comportaba la llegada del término contemplado en el contrato, en tanto que éste se refería -en plural- a los procesos de selección contemplados en el art. 13 del Convenio, y esta norma colectiva obliga a que la infructuosa promoción interna vaya seguida del sistema general de acceso libre.*

d).- *Otra conclusión pudiera obtenerse si la duración pactada se hubiese fijado en atención exclusiva a la «promoción profesional específica» que iba a convocarse [por la referida Orden de 19/Febrero/08], en cuyo caso no cabe duda que sería de razonable argumentación el cese de la interina al declararse desierta la plaza en aquel concreto proceso; a la par de que también parecería factible la concreta aplicación -necesidad de autorización para una nueva interinidad- del art. 5 de la Orden de 21/Enero/10. Pero este no es el caso suscitado y resulta superflua toda consideración al respecto...».*



La recurrente, considera, en definitiva, que desde el momento en el que la vacante que ella ocupaba, fue adjudicada a una persona que solicitó una excedencia voluntaria, aunque no quedó desierta en el sentido literal del término, quedó en una situación de imposible ocupación.

El motivo no puede estimarse, porque habiendo previsto el contrato suscrito con la demandante, su extinción en caso de cobertura de la vacante, la cláusula en cuestión, fue correctamente activada.

Así lo ha entendido recientemente este Tribunal en un caso similar, en sentencia de la Sección Sexta de 17 de julio de 2017, RS nº 551/2017 en la que se razona que «... conforme ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta misma Sala y Sección, en sentencia de fecha 29-5-17, recurso nº 340/17 , en su F. de D. 2, "El presente motivo - no - 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...».

Por todo ello, el motivo decae.

CUARTO .- En el segundo motivo del recurso, se denuncia la vulneración de los artículos 3.5 y 123 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social , rechazando la tesis de la sentencia, según la cual, nos encontramos ante una indebida acumulación de acciones.

El motivo se estima, porque como dice la Sección Sexta, en sentencia de 16 de mayo de 2017, RS nº 285/2017 : «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 , a tenor del cual:

"El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores , sin que por ello se altere el orden de intervención del apartado 1 del artículo 105 de esta Ley . No obstante, si 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, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante".

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 el mismo sentido, la sentencia de la Sección Primera de 15 de septiembre de 2017, RS nº 550/2017 .



Ahora bien. La estimación de este motivo no comporta la del recurso dado que como hemos razonado al inicio del fundamento anterior, el Magistrado de instancia no ha desestimado la pretensión subsidiaria, porque considere que las acciones no debieron acumularse, sino porque, como decíamos, entiende que ni nos encontramos ante una extinción contractual por causas objetivas, ni la doctrina del TJUE en el asunto Ana de **Diego Porras**, es trasladable de manera automática.

QUINTO .- En cuanto a las alegaciones vertidas por la demandante en el motivo tercero de su recurso sobre una posible vulneración, en la sentencia recurrida, de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, reproducimos nuestra postura ya sentada por esta Sección de Sala, en nuestra sentencia de 26 de octubre de 2017, RS nº 389/2017 , en los siguientes términos:

«**TERCERO**.- Antes de analizar el caso concreto y a fin de ofrecer un panorama suficientemente completo y descriptivo de cuanto esta Sala ha resuelto en asuntos similares al que ahora enjuiciamos, debemos referirnos a los siguientes pronunciamientos:

a).- En primer lugar, a la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala, de 5 de octubre de 2016, RS nº 246/2014 , dictada después de que el TJUE dictara la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14) y al amparo de la cual, como se verá en el recurso, se solicita el reconocimiento de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio.

Dos, son los argumentos que, según esta sentencia, determinan el reconocimiento de la indemnización solicitada de veinte días:

1.- En primer lugar, que como la contratación de la entonces demandante, se prolongó durante siete años y se extinguió, en virtud de una causa "objetiva", como sinónimo de no reprochable a la trabajadora, ni dependiente tampoco de la mera voluntad empresarial (porque la «...incorporación de la trabajadora sustituida se ha producido (a consecuencia) de la entrada en vigor de una urgente reforma legislativa que cercenó drásticamente el número de liberados sindicales en el sector público, de modo que la extinción del contrato ha sido corolario de la previa amortización de un puesto de liberada sindical, evento indubitadamente sobrevenido...»), esa indemnización de veinte días, sería la que se le habría reconocido si nos encontráramos ante un despido objetivo y la trabajadora hubiera sido fija.

2.- En segundo lugar, porque de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio de 2016, Rec. nº 497/2016 y en interpretación de la Directiva 1999/70 , ésta resulta directamente aplicable, no pudiéndose discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito, en tanto la «...no aplicación horizontal de las directivas entre particulares que se alega, admite matices cuando se proyecta en relaciones jurídicas verticales como es sin duda la relación laboral...», sobre todo cuando las Directivas tienen «... eficacia directa reaccional cuando se trate de prescripciones suficientemente precisas y no se haya procedido a su transposición...» y en el marco de un «...derecho fundamental como el de no discriminación...» supuesto ante el que nos encontramos, si el artículo 49 del ET no reconoce a la extinción del contrato de interinidad, la indemnización de doce días de salario por año, que sí concede, por el contrario, a la finalización del contrato de obra o servicio y concluyendo en el sentido de que «...la discriminación del trabajador interino es demasiado intensa para relativizarla con el endulzamiento conceptual de la discriminación impropia. El interino es objeto de un tratamiento desigual respecto al trabajador fijo y respecto a cualquier otro trabajador temporal (y la doble discriminación no ha pasado inadvertida al TJUE pese a la consideración de cierto sector doctrinal y judicial de que el tribunal europeo no ha entendido, quizás por mala exposición de este Tribunal, la, al parecer, sofisticada legislación patria que simplemente separa la causa pactada de la causa sobrevenida. Vamos a ser gráficos: ningún trabajador que como la actora ha prestado servicios ininterrumpidos durante más de siete años desde el 25/04/06 al 06/06/13 puede ver por causa ajena a su voluntad extinguido su contrato a iniciativa empresarial sin indemnización alguna. El trabajador por obra o servicio determinado, por ejemplo, a partir de los tres o cuatro (máximo) años de contrato adquiere la condición de fijo y, por ello, el derecho indemnizatorio de esta condición (artículo 15.a) del Estatuto de los Trabajadores). Los eventuales en un plazo todavía más corto (artículo 15.b) del Estatuto de los Trabajadores).

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

Esta misma postura mantiene la misma Sección, en sentencia de 15 de marzo de 2017, RS nº 621/2014 , en el ámbito de las relaciones privadas, para la extinción del contrato de una limpiadora de la empresa Clece, en la que, al igual que en el caso anterior, la causa por la que la trabajadora excedente a la que la demandante sustituía reingresó al servicio, fue la aplicación del artículo 10 del Real Decreto Ley 20/2012 , entendiéndose que la naturaleza



privada de la empresa demandada, no desvirtúa, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, Rec. nº 207/2015, la eficacia directa de la Directiva, sobre todo, cuando desarrolla un derecho fundamental de no discriminación.

b).- En segundo lugar, debemos hacer referencia a la sentencia de la Sección Sexta de este Tribunal de 8 de mayo de 2017, RS nº 87/2017, en la que, con un voto particular en contra, se decidió el reconocimiento a una trabajadora interina por vacante de la indemnización de veinte días por año

La plaza ocupada por la trabajadora interina fue adjudicada a otra y la sentencia del Juzgado de lo Social, calificó la relación como de carácter indefinido, por haber rebasado el plazo de tres años, máxima duración que entendía permitida a tenor del artículo 70 de la Ley 7/2007, entendiendo que la extinción era constitutiva de un despido improcedente y por ello, daba derecho a la actora a las indemnizaciones previstas en la ley de 45 y 33 días de salario previstas en la ley.

Dicho pronunciamiento fue recurrido por la Comunidad de Madrid.

La Sala razona:

1.- En primer lugar, que el proceso seguido para la cobertura de la plaza fue legal, porque no supuso su amortización, sino que, al contrario, la plaza se mantuvo, designándose por la Administración al nuevo titular que debía ocuparla, por haber superado el proceso selectivo y sin que el transcurso del plazo de tres años previsto en el artículo 70 del EBEP deba tomarse en consideración, en tanto contempla una situación que aquí no acontece, al referirse a la incorporación de personal de nuevo ingreso y no al proceso a través del que aquí, se ha cubierto la plaza ocupada por la demandante, de "consolidación de empleo", regulado en la Disposición Transitoria Cuarta de las normas de referencia y que no tiene preestablecida una duración predeterminada en el EBEP.

2.- Que no nos encontramos ante un despido, sino ante una válida extinción del contrato de interinidad.

3.- Y finalmente y en cuanto a la indemnización que pudiera corresponder a la actora, después de recordar que aunque la sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, obliga a los jueces a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el planteamiento en este caso, no es necesario y debe aplicarse directamente el derecho comunitario, al existir ya una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de la Unión, aunque vaya en contra de las normas internas, máxime cuando la Directiva 1999/70, como todas las Directivas, tiene eficacia vertical en las relaciones laborales que mantiene la Comunidad de Madrid con sus trabajadores, sin considerar, por otra parte, necesario el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial sobre la materia, en tanto la igualdad de trato entre trabajadores temporales e igual indemnización a los interinos que al resto de trabajadores temporales, no puede ser objeto de planteamiento ante el TJUE, porque así se indica en su fundamento 38, en el que se deja claro que «...las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (auto de 11 de noviembre de 2010, Vino, C 20/10, no publicado, EU:C:2010:677, apartado 57)...».

En iguales términos, las sentencias de la misma Sección de 3 de julio de 2017, RS nº 462/2017 y de 20 de julio de 2017, RS nº 570/2017.

En ninguno de los casos resueltos en estas dos resoluciones existía constancia de que los trabajadores hubieran vuelto a ser contratados por la Comunidad de Madrid para prestar servicios en algún Organismo dependiente de la misma.

c).- La solución es distinta para el caso de que el trabajador haya vuelto a ser contratado, con otro contrato de interinidad por vacante, pudiendo citarse la sentencia de la Sección Sexta de 5 de junio de 2017, RS nº 344/2017, en la que se razona que «...lo que se está solicitando es la indemnización de 20 días por año de servicios por aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y dicha sentencia no examina un caso como el actual. En esa resolución se examina el supuesto de extinción de un contrato de interinidad no seguida de nueva contratación, y no puede ser indiferente el dato de que materialmente la relación temporal continúe, aunque sea mediante la suscripción de un nuevo contrato de interinidad. Siendo así, no cabe en el caso actual la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. La situación no es idéntica, pues es claro que si a un trabajador fijo se le extingue el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se le contrata al día siguiente nuevamente. La nueva contratación de la actora introduce un elemento relevante que impide efectuar la comparación apreciando desigualdad de trato. No se ha infringido, en consecuencia, la doctrina de la citada sentencia del TJUE, y siendo ésta la única infracción alegada, se ha de desestimar el recurso...».



Le siguen las de la misma Sección de 12 de junio de 2017, RS nº 374/2017 y 19 de junio de 2017, RS nº 406/2017 (en sentido similar, aunque por argumentos algo distintos, la de la Sección Primera de 19 de mayo de 2017, RS nº 223/2017, en el caso de un trabajador que suscribió con posterioridad al cese, una relación estatutaria).

CUARTO.- Negando la indemnización de veinte días, debemos citar la sentencia de la Sección Cuarta de este Tribunal de 29 de junio de 2017, RS nº 431/2017, en la que se considera que existe una razón para excluir al trabajador interino de las indemnizaciones del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, como lo es la de que «...en este tipo de contrato la precariedad no está presente porque el puesto no es disponible por la empresa y no se trata de encubrir mediante temporalidad contratación que debería ser fija sino que estamos ante la cobertura provisional de un puesto ya creado. Esto es, no se trata de que la actividad empresarial se vea reforzada y cubierta por empleo precario, sino que el contrato de interinidad atiende a otra circunstancia: la ausencia de un trabajador fijo o vacante dejada que repercute en la propia actividad ya permanente y que a la empresa le puede o no interesar cubrir mediante sustitución o hasta su cobertura. Por tanto, esta diferente naturaleza justifica que la indemnización por precariedad, que pretende combatir el uso indebido de la temporalidad, no se haya extendido ni sirva para penalizar el contrato de interinidad en el que no se atisba que, en su propia configuración y por no atender a la actividad temporal de la empresa, pueda constituirse como contratación sistemática ni, en definitiva, su uso impida concertar contratos no temporales que es lo que, en definitiva, se trata de paliar con aquella indemnización...», sin considerar que el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores pueda ser contrario al derecho de la Unión dado que «...la finalización de un contrato fijo no siempre tiene aparejado el derecho a la indemnización -extinción por muerte de trabajador, jubilación, extinción por incapacidad permanente en los grados legalmente establecido, etc.- y, por el contrario, los trabajadores temporales tienen los mismos derechos indemnizatorios cuando se extingue su contrato de trabajo por las mismas causas que los fijos -despido improcedente, procedente o nulo, extinción por causas objetivas, muerte del empleador...».

En el mismo sentido, las de la mismas fecha y Sección, en los recursos números 411/2017 y 485/2017.

QUINTO.- No podemos finalizar esta suerte de recopilación, sin hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, Rec. nº 207/2015, de cuya doctrina cabe extraer las siguientes deducciones:

1. La primacía del Derecho de la Unión Europea, reconocida por el artículo 93 de la Constitución Española, significa la absoluta prevalencia tanto del derecho comunitario originario, como de la jurisprudencia comunitaria en interpretación de la misma, sobre el derecho o jurisprudencia interna, pues así lo prescribe el artículo 234 del Tratado de la CE.
2. A diferencia de lo que sucede con los Reglamentos (Derecho derivado) que tienen directa eficacia (artículo 288 TFUE), gozan de «alcance general» y son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro desde su publicación en el DOUE, las Directivas, solo obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.
3. A partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974 (asunto C-41/74 «Van Duyn») la posibilidad de «eficacia» directa de las Directivas, se extiende también a los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta (la llamada eficacia «reaccional»). Esto es, ante una situación anómala de dejadez estatal.
4. Excepcionalmente, de esta extensión de la primacía a los Reglamentos, pueden beneficiarse algunas Directivas, solo cuando sean incondicionadas y suficientemente precisas, de forma que impongan «una obligación en términos inequívocos». De este modo, los particulares, podrían invocarlas en sus relaciones verticales (no entre ellos, esto es, con el efecto vertical, que no horizontal).
5. 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».
6. En cuatro ocasiones (todas ellas sobre el principio general de no discriminación por razón de edad, objeto de la Directiva 2000/98/CE y consagrado por el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), se ha admitido una especie de eficacia horizontal de la Directiva, pero no en el sentido de ser ésta invocable por y entre particulares, sino permitiendo una «eficacia directa» al derecho que la misma regula, cuando tenga la cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea.
7. Para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, debe estar incluido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y debe ser suficiente en sí mismo para conferir un derecho subjetivo (sin necesidad de una expresa regulación legal).



8. Para evitar el daño colateral que supone el hecho de que las Directivas, por lo general, no son susceptibles de una aplicación directa, se cuenta con el principio de «interpretación conforme», que implica que el Juez español, en este caso, está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar su resultado y de esta forma atenerse al artículo 288 del TFUE siempre que no "fuerce de forma indebida la normativa interna" y sin que se convierta en un instrumento para que el Juez nacional realice una interpretación contra legem de su propio derecho.

Esta doctrina se reitera en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017, Rec. nº 170/2016, cuando a tenor de otra Directiva (la 93/2014, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo), recuerda que su fuerza es extensiva, no solo cuando la parte demandada sea una entidad pública, sino también tratándose de una persona privada «... pues si bien las Directivas carecen de eficacia 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», en todo caso tanto la Directiva como su interpretación comunitaria han de tenerse en cuenta en el recto entendimiento de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» -actual art. 249- [recientes, SSTJUE de 11/09/07, Hendrix; 24/06/08, A. Commune Mesquer; y de 25/07/08, Janecek] (vid. SSTS 24/06/09 -rcud 1542/08 -; SG 08/06/16 -rco 207/15 -; y SG 17/10/16 -rco 36/16)...».

Y en la que concluimos en el sentido siguiente:

«... Varias consideraciones deben hacerse, dado que, como se ha visto en los fundamentos tercero y cuarto que anteceden, el régimen extintivo del contrato de interinidad no es una cuestión ni mucho menos pacífica en esta Sala.

Esta Sección, en sintonía con la tesis mantenida por la Sección Cuarta en las sentencias antes aludidas, también considera que el cese de la demandante, no lleva aparejada la indemnización de veinte días que se solicita, en aplicación de la sentencia del TJUE.

En dicha sentencia (de 29 de junio de 2017, RS nº 431/2017), después de hacerse un ilustrativo repaso de los avatares que sufrió la tramitación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, derogado por la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, vigente desde el 11 de julio de 2001 y que incorporó al ordenamiento interno la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, se insiste en la idea de que la razón por la que estas dos normas previeron el reconocimiento de indemnizaciones para la extinción del contrato de obra excluyendo al de interinidad, no fue sino un intento de lucha contra la precarización del mercado de trabajo, circunstancia ésta que no se produce, por la propia configuración del contrato de interinidad, cuya razón de ser se justifica o bien en la ausencia de un trabajador con derecho a la reserva de su puesto o bien en la existencia de una vacante en espera de su reglamentaria cobertura (y como dice la sentencia del Tribunal Supremo que cita, de 11 de marzo de 2010, Rec. nº 135/2009, sin que el puesto objeto del contrato sea «... disponible por la empresa en orden a su desaparición, de ahí la necesidad de cubrir la vacante de modo interino, tanto si acude a una oferta externa de empleo como si hace uso de la movilidad funcional, lo que en definitiva produciría el efecto de crear otra vacante en otro puesto a cubrir también de modo interino») y siendo así, respondiendo a una finalidad completamente distinta que la propia del contrato de obra, que sí lleva aparejada una indemnización a su extinción, ni existe necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, ni se produce tampoco discriminación, con respecto a la regulación de las indemnizaciones contenidas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, en tanto de éstas, pueden participar tanto trabajadores fijos como interinos, ni finalmente puede admitirse que la ausencia de indemnización suponga una discriminación con otras causas de extinción previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, porque ni los trabajadores fijos la perciben en caso de que el contrato se extinga, por su fallecimiento, jubilación, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o incapacidad permanente total, percibiéndola los trabajadores interinos, al igual que los fijos, en caso de que su contrato se extinga por muerte del empresario.

Compartimos de modo pleno esta argumentación, que, en definitiva, se asienta en razones de pura legalidad, que nos parecen suficientes para desestimar el recurso, aunque podamos apuntar otras dos razones más, por las que se alcanzaría la misma conclusión.

En primer lugar, porque la decisión del TJUE no debería desvincularse del concreto contexto del asunto que se sometió a su consideración y de los términos en los que la cuestión prejudicial fue formulada.



Se trataba de una situación muy diferente de la que sucede en los muy frecuentes procedimientos de los que conocemos, pues la razón de la interinidad fue la sustitución de una trabajadora con derecho a la reserva de puesto de trabajo que se encontraba en excedencia y que, como consecuencia del Real Decreto-ley 20/2012, tuvo que volver a su puesto de trabajo, como tantos otros liberados sindicales.

La causa del reingreso de la trabajadora sustituida, sí nos parece relevante, tanto por súbita, como por producirse de manera completamente independiente de la voluntad de las partes, incluso de la voluntad de la Comunidad de Madrid y de ahí su "objetivación" y de la posibilidad fundada de asimilación con las previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, al tratarse de una prolongación de los efectos que la aplicación y entrada en vigor el 15 de julio de 2012, del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, trajo consigo.

Su Exposición de Motivos explica que al igual que se racionalizaba el gasto de personal, limitando el número de días de asuntos particulares y de días adicionales a los de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas, establecía con la misma finalidad, en su artículo 10, que todo el tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, dispensas de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales, debía limitarse a «los actualmente existentes a los estrictamente previstos por la normativa laboral (ET, LOLS y EBEP) favoreciendo el incremento de los tiempos de trabajo destinados directamente al servicio público».

Por ello, esa objetivación de la causa extintiva tomando como referencia las reguladas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (cuya concurrencia sí hubiera otorgado a la trabajadora interina la misma indemnización que si hubiera sido fija), no nos parece posible en este caso, sobre todo cuando el TJUE no distingue el tipo de interinidad al que circunscribe el fallo (se refiere a la interinidad en sentido amplio) y vistos los términos en los que se pronunció su Presidente, una vez dictada la sentencia, parece algo arriesgado entender que la argumentación del Tribunal pueda extenderse a los dos tipos.

Y en segundo lugar, porque siendo cierto, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2017, Rec. nº 170/2016 antes citada, que tanto las Directivas como su interpretación comunitaria deben ser interpretadas por el Juez nacional haciendo todo lo posible, para alcanzar el resultado al que se refieren, esa previsión, obviamente, se hace sin obviar el principio de "interpretación conforme", conforme al cual, no cabe una "interpretación contra legem" del derecho español, que, en este caso y por las razones que se contemplan en la sentencia de la Sección Cuarta antes citada y asumimos de manera íntegra, expresamente excluye, en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, al contrato de interinidad, de parte de las extinciones contractuales indemnizadas (aunque no de todas).

Este principio de "interpretación conforme" matizado por el obligatorio respeto a la normativa nacional vigente para no incurrir en una exégesis "contra legem" del derecho interno es, por otra parte, constantemente utilizado por el Tribunal Supremo. En el bien entendido de que no se plantee, ni se acuerde el planteamiento de la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

Valga de ejemplo, aunque la interpretación del derecho europeo se materializara en una apreciación más favorable a la trabajadora, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2017, Rec. nº 1902/201, que amplía y considerablemente, los efectos naturalmente restrictivos que se derivarían de la interpretación del artículo 11.1 de la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada en los términos reseñados por la jurisprudencia del TJUE, cuando considera que, a pesar de que el citado Tribunal haya declarado que en ese tipo de situaciones de adaptación o cambio de puesto, se conserve el derecho a los componentes de la remuneración inherentes a su condición profesional (antigüedad o cualificaciones profesionales), pero no los complementos que dependan del ejercicio por la interesada de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden, en esencia, a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio, dicha interpretación se opone al derecho español (artículo 26 de la LPRL, 187, 189 y 171 de la actualmente vigente LGSS) que prevé en el supuesto de que el cambio de puesto no sea posible, la conservación de la retribución del puesto de origen o en el caso de que llegara a suspenderse el contrato, una prestación calculada sobre el 100% de la correspondiente a la de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, esto es, la base de cotización del último mes, incluyendo todos los complementos de puesto, menos las horas extraordinarias, dividida, conforme establece el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, por el número de días al que la cotización se refiera.

(...) Finalmente, otra razón más avala nuestra decisión desestimatoria y es que, en este punto, también compartimos la tesis mantenida en las sentencias de la Sección Primera de este Tribunal, de 19 de mayo de 2017, RS nº 223/2017 y Sexta de 5, 12 y 19 de junio de 2017 (RS núms. 344/2017, 374/2017 y 406/2017), tanto para el caso de que se suscriba una relación estatutaria, como para el supuesto de que después de la extinción, se suscriba un nuevo contrato de interinidad por vacante...»



En nuestro caso y según el ordinal tercero del relato fáctico, la demandante ha vuelto a ser contratada por la demandada y presta servicios para ella, desde el 1 de octubre de 2016 y siendo así, dicha circunstancia impide el reconocimiento de una indemnización de veinte días por año de servicios, pues como dice la sentencia de 5 de junio de 2017, RS nº 344/2017 «... por aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y dicha sentencia no examina un caso como el actual. En esa resolución se examina el supuesto de extinción de un contrato de interinidad no seguida de nueva contratación, y no puede ser indiferente el dato de que materialmente la relación temporal continúe, aunque sea mediante la suscripción de un nuevo contrato de interinidad. Siendo así, no cabe en el caso actual la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. La situación no es idéntica, pues es claro que si a un trabajador fijo se le extingue el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se le contrata al día siguiente nuevamente. La nueva contratación de la actora introduce un elemento relevante que impide efectuar la comparación apreciando desigualdad de trato ...».

Por todo ello,

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de DOÑA Guadalupe , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid, de 13 de marzo de 2017 , en autos nº 522/2016 seguidos a instancia de la recurrente contra la COMUNIDAD DE MADRID confirmándola íntegramente y en todos los pronunciamientos que contiene. Sin costas.

Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen 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 2876-0000-00-0424-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876-0000-00-0424-17.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 3/11/17 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.