



Roj: **STSJ M 11917/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:11917**

Id Cendoj: **28079340062017100957**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **06/11/2017**

Nº de Recurso: **772/2017**

Nº de Resolución: **962/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

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

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0045069

Procedimiento Recurso de Suplicación 772/2017

MATERIA: DESPIDO

J zdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 12 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 1023/2016

RECURRENTE/S: COMUNIDAD DE MADRID

RECURRIDO/S: DOÑA Noelia

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a seis de noviembre 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 BENEDICTO CEA AYALA** , **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 962

En el recurso de suplicación nº **772/17** interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de **COMUNIDAD DE MADRID**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **12** de los de MADRID, de fecha **DIECISIETE DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE** , ha sido Ponente la Ilma. Sra. **DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº1023/2016 del Juzgado de lo Social nº **12** de los de Madrid, se presentó demanda por DOÑA Noelia contra **COMUNIDAD DE MADRID** en reclamación de **DESPIDO**, y que



en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **DIECISIETE DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE**, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta, debo declarar y declaro que la extinción de la relación de trabajo mantenida entre la trabajadora y la demandada es procedente, y condeno a la demandada a abonar a la trabajadora una indemnización de 9805,81 €".

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

I.- La parte actora ha venido prestando sus servicios para la demandada a través de un contrato de interinidad suscrito el día 1-IV-07, cuyo objeto fue la cobertura interina de la vacante NUM000 .

En dicho contrato se estableció que la vigencia del mismo se iniciaría el día 11-VII-05, y se extinguiría de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.1.c RD 2720/1998 , y en todo caso por su vinculación con la O.E.P. adicional de 1999.

La categoría profesional de la actora ha sido la de Auxiliar de Enfermería, y su salario mensual de 1597,67 €.

II.- Por Orden de 3-IV-09, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM, se convocó proceso de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería.

III.- Por Resolución de fecha 29-VII-16, también de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la CAM, se procedió a la adjudicación de 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 Enfermería.

La plaza NUM000 fue adjudicada a D.ª Carmen .

IV.- En virtud de esta resolución, la Consejería de Políticas Sociales y Familia y D.ª Carmen suscribieron contrato de trabajo indefinido el día 30-IX-16, para la cobertura de la plaza NUM000 .

V.- *Ese mismo día, el 30-IX-16, la demandada comunicó a la actora que se había procedido 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, según consta en dicha comunicación, la demandada notificó a la trabajadora la finalización de su contrato de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería en el centro de trabajo de Residencia de Ancianos Nuestra Señora del Carmen, de conformidad con lo estipulado en la cláusula cuarta de su contrato.

VI.- *Posteriormente, la actora ha suscrito contrato de trabajo temporal, de interinidad, a tiempo completo, para la cobertura de la plaza NUM001 , vinculada al primer concurso de traslados que se convoque, con la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería.*

VII.- *La actora presentó reclamación administrativa previa, la cual fue desestimada".*

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, 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 31.10.17.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª Noelia suscribió contrato de interinidad el 1 de abril de 2007 con la Comunidad de Madrid (en adelante "CM") para ocupar la vacante NUM000 hasta tanto se procediera a la designación de su titular por procedimiento reglamentario, lo que tuvo lugar mediante proceso especial de consolidación de empleo, que dio lugar a Resolución de 29/7/16, a raíz de la cual la citada plaza fue adjudicada a Doña Carmen , quien se incorporó a la misma el 30 de septiembre de 2016, con el consiguiente cese de la Sra. Noelia , quien, no obstante, suscribió nuevo contrato de interinidad.

Esta trabajadora presentó demanda de despido referido al fin de su contrato de interinidad, pidiendo el abono de la correspondiente indemnización; de forma subsidiaria solicitó el abono de indemnización cuantificada en 20 días de salario por año trabajado.

Por sentencia del juzgado de lo social nº 12 de Madrid de fecha 17 de marzo de 2017 se resolvió rechazar las excepciones puestas por la parte demandada, acoger el salario postulado por la parte actora y estimar su petición subsidiaria, tras declarar que la relación laboral mantenida entre las partes procesales era de carácter indefinido no fijo, consecuencia de la infracción del art. 70 EBEP .



La CM ha recurrido en suplicación.

SEGUNDO.- Pide modificar el sexto hecho declarado probado, a fin de dejar constancia de que " *El mismo día 30 de septiembre de 2016, la actora ha suscrito contrato de trabajo temporal, de interinidad, a tiempo completo, para la cobertura de la plaza NUM001 , vinculada al primer concurso de traslado que se convoque, con la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería*".

Se estima. Ciertamente, resulta relevante precisar que el nuevo contrato de interinidad suscrito por la actora se inició sin interrupción alguna de servicios respecto al otro contrato de interinidad previamente terminado.

TERCERO.- Las cuestiones jurídicas que plantean los siguientes motivos de suplicación son: indebida acumulación de acciones de despido y reclamación de cantidad (motivo segundo), falta de acción por no poderse reclamar una indemnización por extinción contractual si se siguen prestando servicios para la misma empresa (motivo tercero), imposibilidad de calificar la relación laboral entre las partes procesales como indefinida no fija por no haber existido infracción del art. 70 EBEP , al no ser de aplicación este precepto en este supuesto (motivo cuarto); de serlo, tampoco se habrían infringido sus previsiones, ya que la ejecución de la oferta de empleo público que dio lugar a la extinción del contrato de la actora se llevó a cabo en los 3 años siguientes a la entrada en vigor de dicho art. 70 EBEP , lo cual excluye el poder conceder a la demandante la indemnización propia de los contratos indefinidos no fijos (motivo quinto); exclusión también de la procedencia de conceder la indemnización del art. 49.1.c) E.T . porque este precepto excluye esa medida en caso de válido fin de contrato de interinidad (motivo sexto). Se concluye por todo ello pidiendo la desestimación de demanda y en "otrosí" se pide la suspensión del presente proceso hasta tanto se resuelva por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones prejudiciales planteadas sobre esta materia litigiosa.

Se opone el escrito de impugnación de recurso, rechazando las excepciones indicadas y, en cuanto al fondo del litigio, invoca diversas resoluciones judiciales, entre las cuales las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, el Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 (RCUD 1664/15) y las de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid (sentencia de 5 de octubre de 2016) y del País Vasco (sentencia de 12 de octubre de 2016).

Las cuestiones jurídicas planteadas en los indicados motivos de recurso serán analizadas en el orden siguiente: Primeramente nos pronunciaremos sobre las excepciones que invocan; a continuación calificaremos la relación laboral mantenida entre las partes procesales; seguidamente determinaremos si el fin del contrato de interinidad de la Sra. Noelia puede considerarse un despido; por último, determinaremos si procede el abono de alguna indemnización contractual.

CUARTO.- Las alegaciones referidas a las excepciones de indebida acumulación de acciones y falta de acción las contestamos en iguales términos a lo manifestado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal, tal como expresa la sentencia de 25 de septiembre de 2017 (rec. 667/17), reproduciendo lo dicho en otras previas de fechas 16-5-17 (recurso nº 285/17) y de 10-7-17 (recurso nº 525/17), en las que se examinan conjuntamente ambas cuestiones y se resuelven en estos términos:

"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, la reclamación de indemnización por la 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".

Se desestiman los motivos de recurso segundo y tercero.

QUINTO.- También la cuestión referida a la calificación de los contratos de interinidad que se extinguen tras proceso extraordinario de consolidación de empleo en la CM ha sido examinada por este Tribunal, descartando que la duración de ese proceso determina la conversión de aquéllos en contratos indefinidos no fijos.

Dice al respecto la sentencia de 8 de mayo de 2017 (rec. 87/17):

"CUARTO.- El primer texto del EBEP fue aprobado por la Ley 7/2007, posteriormente derogado por Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en vigor desde 1 de enero de 2015. No obstante, hay que destacar el contenido coincidente del art. 70 y la disposición transitoria cuarta de ambas leyes que acabamos de mencionar, siendo su texto el siguiente:

Artículo 70.1 "Oferta de empleo público.

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años".

Vemos en el precepto transcrito que lo que en él se regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público -en adelante "OPE"- u otro instrumento similar de gestión), dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. Por tanto, 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.

Ese proceso especial viene regulado en la disposición transitoria cuarta de las normas de referencia, estableciendo:

"1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto".

Así pues, estos procesos de consolidación de empleo se desarrollan en varias fases, lo cual, correlativamente, afecta a la duración del plazo de provisión de vacantes vinculadas a los mismos, sin que tengan preestablecida una duración predeterminada en el EBEP.

QUINTO.- *En el caso concreto del proceso convocado por la Orden citada en el cuarto hecho declarado probado de la sentencia impugnada el texto de su convocatoria (BOCAM 4/4/09) señala que se realizó "en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria undécima del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, y previo dictamen de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del referido Convenio Colectivo, en sesión celebrada el día 13 de marzo de 2009".*

Dicha disposición de convenio establece un proceso de consolidación de empleo que se desarrolla en tres fases, sujetas al siguiente régimen:



"Undécima. Ordenación y mejora del empleo (consolidación)

Con la finalidad de fomentar la movilidad, la carrera profesional y la estabilidad en el empleo del personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, reduciendo la temporalidad en el empleo a los niveles mínimos imprescindibles (8 por 100) se establece el programa de actuación que a continuación se desarrolla, que también tiene como finalidad la de favorecer las medidas necesarias para asegurar la ejecución periódica y regular los procesos de cobertura de puestos de trabajo mediante personal fijo.

En consecuencia, este plan se ordenará en tres fases sucesivas:

1 En la primera fase, se procederá a convocar, dentro del primer semestre de 2005, un concurso de traslados en el que se incluirán las plazas vinculadas a las Ofertas de Empleo Público pendientes de los años 2001-2004.

Excepcionalmente, podrán participar en este concreto concurso de traslados los trabajadores a los que se haya adjudicado puesto en el anterior concurso.

2. En la segunda fase se convocarán, dentro del primer cuatrimestre de 2006, procesos de promoción profesional específica correspondientes a las Ofertas de Empleo Público 1999-2004 para el personal laboral fijo.

De forma excepcional y única, este proceso se abordará, a excepción del grupo V, mediante convocatorias de procedimientos de selección bajo el sistema de concurso-oposición, en los que podrán superar la fase de oposición un número de aspirantes mayor que el de plazas y en los que el concurso tendrá por tanto carácter eliminatorio. Las convocatorias en cuestión serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales legitimadas.

(...)

3. En la tercera y última se desarrollará un proceso extraordinario y por una sola vez de consolidación de empleo, mediante convocatorias de procedimientos de selección bajo el sistema de concurso-oposición, en los que podrán superar la fase de oposición un número de aspirantes mayor que el de plazas y en los que el concurso tendrá por tanto carácter eliminatorio. Las convocatorias en cuestión serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales legitimadas".

En suma, la cobertura de la vacante de la actora ha seguido el trámite indicado en la norma de convenio que acabamos de transcribir, cuya aplicación ha requerido la ejecución de tres fases sucesiva (concurso de traslados, promoción profesional y concurso oposición), sin que a estos efectos el convenio ni la Orden de convocatoria del proceso fijen plazo de ejecución determinado, ni impongan el de 3 años aplicado por el juzgador de instancia.

SEXO.- Hay otras razones adicionales para concluir que en este caso ese plazo de tres años del art. 70 del EBEP no podía ser exigible.

Al respecto hemos de destacar que la decisión de instancia toma como referencia para el inicio del cómputo del mismo el momento en que se suscribió el contrato de la actora. Pero esta decisión pasa por alto que esta ley entró en vigor en mayo de 2007, por lo que no puede pretenderse que un mandato legal que por primera vez establece como exigible en la fecha que acabamos de indicar un plazo de ejecución de tres años para determinada actividad se aplique a un contrato que se suscribió el 2 de julio de 2003, porque ello implicaría establecer una obligación cuando el plazo de ejecución de la misma ya había transcurrido, lo cual no cabe en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1116 Cc y nulidad de las obligaciones imposibles que en él se impone).

Ciertamente, la disposición final cuarta del EBEP sólo fijó una fecha determinada de entrada en vigor de sus reglas para los preceptos incluidos en los capítulos II y III del título III (arts. 16 a 20 y 21 a 30, respectivamente, excepto el art. 25.2) y para el capítulo III del título V (arts. 78 a 84), de manera que el resto de su articulado quedó sujeto a las reglas generales del art. 2.1 Cc ("Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra cosa"), por lo que, producida la publicación del EBEP en el BOE de 13 de abril de 2007, entró en vigor a los 20 días, rebasado con creces el plazo de 3 años desde la vigencia del contrato de la actora.

No podemos admitir que el EBEP tenga efecto retroactivo, ni siquiera en grado mínimo, que permita su aplicación a efectos futuros desde su entrada en vigor, aunque estos efectos provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad. El hecho de que sea precisamente una disposición transitoria de esa ley la que establece el indicado sistema de consolidación de empleo para cobertura de puestos o plazas de carácter estructural que se encontrasen desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005 sin ajustarlo al sistema de su art. 70 es claramente revelador de la voluntad del legislador de que este precepto que se acaba de citar quede excluido de la regulación de dicho sistema especial. De no ser así, dicha disposición transitoria cuarta sería manifiestamente contradictoria.



Por todo lo dicho concluimos que el hecho de que el contrato de la actora haya durado más de 3 años no determina su calificación como indefinido".

Conforme a esta doctrina, no cabe hablar en este caso de relación indefinida y, por coherencia, hay que descartar que el fin del contrato de interinidad de la Sra. Noelia debiera ir acompañado de la indemnización prevista para los ceses de trabajadores indefinidos no fijos. Se estiman los motivos de recurso cuarto y quinto.

SEXTO.- Falta que nos pronunciemos sobre el derecho de la Sra. Noelia a percibir la indemnización del art. 49.1.c) E.T. pedida en demanda.

Una vez más, recurriremos a anteriores pronunciamientos de este Tribunal, en esta ocasión a la sentencia de 29 de junio de 2017 (rec. 431/17), la cual mantuvo el siguiente razonamiento:

*" En el tercer motivo, con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia la infracción del artículo 49.1 b) y c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70 CE. A juicio de la recurrente, no toda extinción de contratos temporales debe generar derecho a indemnización por fin de contrato cuando la ley no la establece. Además, a nivel comunitario, lo que se trata de proteger son los derechos de los temporales en comparación a los fijos, pero no imponer reglas similares entre el personal fijo. La parte recurrente considera que si la juez consideraba que debe aplicarse al personal interino por sustitución las mismas reglas indemnizatorias que a los temporales a los que se refiere el artículo 49.1 c) debió plantear una **cuestión** de inconstitucionales.*

La sentencia de instancia ha estimado el derecho de la parte actora a una indemnización de 12 días por año de servicios del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores porque entiende que si la jurisprudencia ha venido equiparando a los trabajadores indefinidos no fijos a los interinos y a aquellos les ha reconocido el derecho a la indemnización cuando sus plazas vacantes ha sido adjudicadas en proceso de selección, ese mismo derecho debe extenderse a los interinos por vacante cuando son cesados por el titular que ha resultado adjudicatario de la misma.

El motivo debe ser estimado porque la sentencia de instancia ha incurrido en la infracción legal que se denuncia.

Claramente, el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores excluye del derecho a recibir una indemnización por fin de contrato a los contratos de interinidad y a los formativos. Y esa exclusión no es injustificada y, por ende, no incurre en ninguna circunstancia que haga de peor derecho a dichos trabajadores temporales respecto de otros no fijos.

La indemnización que recoge el citado precepto legal fue introducida por el artículo 3.1 del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, en el texto que actualmente está vigente si bien, el número de días se modificó, así como se excluyó de las excepciones al contrato de inserción entonces existente.

El citado derecho se introdujo por aquel Real Decreto que fue convalidado mediante tramitación del Proyecto de Ley, expediente 121/000037, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. La finalidad de tal reforma estaba dirigida a reforzar la causalidad en los contratos temporales y combatir el uso abusivo de tales contrataciones, haciendo más penosa la salida de la relación temporal. En su tramitación, el citado precepto fue objeto de diferentes enmiendas entre las cuales alguna de ellas cuestionaba la limitación, por exclusión, que se imponía a determinadas modalidades contractuales. Así, la Enmienda 21 del Grupo Mixto pedía claramente la supresión de la expresión " excepto en los casos de - contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos", justificándolo en que todos los trabajadores eventuales tuvieran "indemnización por despido" (BOCG de 23 de marzo de 2001, Núm. 37.1). Igualmente, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda a la totalidad y en lo que al citado apartado se refiere vino a proponer unas referencias diferentes en orden a la forma de fijar el importe indemnizatorio, manteniendo la excepción en los contratos de interinidad y formativos pero respecto de éstos añadía un párrafo en el que se proponía lo siguiente " La indemnización por terminación de los contratos de trabajo de interinidad y formativos se ajustará a lo que establezca en cada caso la negociación colectiva y el Convenio Colectivo aplicable al contrato de trabajo suscrito bajo estas modalidades específicas" (Enmienda 40 BOCG, núm. 37.6 de 27 de abril de 2001). Otras enmiendas, iban dirigidas a fijar posible cuantía superior a la legalmente fijadas cuando así lo dispusiera la negociación colectiva o normativa específica (Enmienda 49 y 84 del Grupo Parlamentario Mixto y IU, respectivamente) lo que se proponía en tanto que existían convenios colectivos que imponían indemnizaciones inferiores.

En esa tramitación y en debate previo al Dictamen y a la vista del informe elaborado por la Ponencia, se llegó a manifestar que la referida indemnización venía a penalizar a la contratación temporal y que la cuantía era de carácter mínimo, pero pudiendo verse incrementada en negociación colectiva, diciendo que la exclusión de los contratos de interinidad y formativos tenía razón de ser en la propia naturaleza de tales contrataciones (Grupo Parlamentario PP en defensa del Proyecto (CD, Comisiones, núm. 229, de 8 de mayo de 2001, Pag. 6896).



La tramitación ante el Senado no trajo diferencias relevantes sobre la que se produjo ante el Congreso de los Diputados, reiterándose las enmiendas allí presentadas (enmiendas 56 del GPMX, enmienda 92 del GPS -en la que se insiste en la lucha contra la precariedad en la contratación temporal-, enmienda 175 del GPP -en la que se especifica que la referencia a la normativa específica viene a atender a regulaciones concretas y diferentes a la general, como la que tienen las ETTs, pero insiste en eliminar las referencias a la negociación colectiva, en tanto que la misma siempre podrá mejorar la cuantía-.

La tramitación concluiría con la Ley 12/2001, de 9 de julio, en la que no se hace ninguna modificación en lo que a la exclusión de los contratos de interinidad, inserción y formación en relación con la indemnización por fin de contrato se refiere.

En la reforma operada por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, por medio de su Disposición Derogatoria Unica. 1 a), se vendría a eliminar del texto del art. 49.1 c) los contratos de inserción. Dicha norma sería convalidada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre .

Posteriormente, el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, por vía de su artículo 1.5, se vendría a incrementar la indemnización a doce días, lo que sería convalidado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre sin que se insistiera en alterar el régimen de contratos temporales con derecho a indemnización por fin de contrato.

La doctrina científica vino a valorar la reforma de 2001 como una reforma que, con mayor o menor éxito, iba dirigida a combatir la precarización del mercado de trabajo, además de implementar la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada que, a su vez, presentaba como finalidad la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada bajo el respeto del principio de no discriminación y evitar abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos de esta naturaleza. Bajo estos principios, la indemnización por fin de contrato temporal -llamada indemnización de precariedad- se entendió como medida para penalizar y hacer más caros a estos contratos y, según se decía, reequilibrar los costes de extinción entre contratos fijos y temporales, lo que ya se vino a avanzar mediante la figura del contrato de fomento de la contratación indefinida. De esa forma, el despido se abarata y la extinción del contrato temporal se penaliza con la idea de fomentar la contratación fija.

La jurisprudencia no ha abordado directamente esta específica problemática en orden a la exclusión de los contratos de interinidad en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y su idoneidad pero en la Sentencia de 11 de marzo de 2010, Recurso 135/2009, ya vino a decir que " Con independencia de lo anterior, no cabría, en todo caso, realizar una interpretación extensiva de una norma restrictiva de derechos cual sucede con el apartado c) del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores cuando exceptúa el pago de la indemnización de la parte proporcional de ocho días por año de salario al finalizar los contratos temporales a los contratos formativos y de interinidad".

De forma indirecta y a nuestro juicio, tampoco ha llegado a cuestionar la constitucionalidad de tal exclusión al referirse a dicha regulación. Así, al tratar de la indemnización por fin de un contrato de trabajador fijo indefinido, ya así declarado y no cuestionándose la legalidad de su extinción cuando la misma se adopta válidamente, tras haber establecido una doctrina en orden a la equiparación de los trabajadores indefinidos no fijos con los interinos por vacante a los efectos de abordar la causa de su extinción, vino a señalar que esa equiparación no puede extenderse al concepto de indemnización por fin de contrato en la que los contratos de interinidad no tienen acceso, diciendo que " " 2.- Aunque en todo caso las precedentes argumentaciones comportan que haya de ratificarse el núcleo de la sentencia recurrida, de todas formas la asimilación a efectos extintivos entre la relación «indefinida no fija» y la interinidad, no parece razonable que puede llevarse al extremo de obstar una interpretación analógica - art. 4.1 CC - del art. 49.1.c) ET y que no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados; interpretación que se impone con mayor fuerza si se atiende a la Directiva 1999/70/ CE [28/Junio] y a la jurisprudencia que la interpreta [SSTJUE 4/Julio/06, Asunto Adeneler ; 7/Septiembre/06, Asunto Marrossu y Sardino ; 7/Septiembre/06, Asunto Vassallo ; y 23/Abril/09, Asunto Angelidaki], y por la que se reitera el principio de «efectividad» en orden a la contratación temporal ". (STS 25 de noviembre de 2013, Recurso 771/2013 , que arranca de la sentencia de 22 de julio de 2013, Recurso 1380/2012 y 14 de octubre de 2013, Recurso 68/2013).

Con base en todas esas consideraciones llegamos a la conclusión de que la finalización de un contrato de interinidad por cobertura de la vacante por el titular al que le ha sido adjudicada no conlleva el derecho a la indemnización porque la norma legal así lo dispone expresamente y no hay trato alguno discriminatorio en relación con otras modalidades temporales que la tienen reconocida. Así es, la propia naturaleza del contrato de interinidad permite entender que haya sido excluida de aquella regulación en tanto que con tal modalidad contractual, según refiere la jurisprudencia, " se trata de preservar la continuidad de otra relación laboral en suspenso, con suspensión de las que dan lugar a reserva del puesto de trabajo, salvo la posibilidad a la que se



refiere la demandada, cuando se trata de convocatoria para la cobertura de vacantes, sin que por ello la atención del servicio se vea perjudicada. Ello es así, porque el puesto ocupado interinamente no es 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" (STS de 11 de marzo de 2010, Recurso 135/2009), lo que pone de manifiesto 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.

Finalmente, no entendemos tampoco que tal forma de proceder del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores vaya contra la normativa europea por cuanto que en ella lo que se está tratando de preservar es la igualdad entre trabajadores fijos y temporales y desde esa perspectiva es lo cierto 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-".

SÉPTIMO.- La doctrina trascrita se refiere al supuesto de válida extinción del contrato interino que no seguida de nuevo contrato del trabajador. El criterio que en ella se expone sobre la inexistencia de derecho a indemnización es tanto más aplicable a este litigio cuanto que en él la actora ha sido contratada de inmediato tras terminar aquella relación temporal, lo que determina que apliquemos el mismo criterio que en la sentencia de este Tribunal de 25 de septiembre de 2017 (rec. 639/17), según la cual:

"Por lo que se refiere a la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso De **Diego Porras**), su doctrina no es aplicable a un supuesto como el presente, en el que la demandante, a tenor de los hechos probados, ha prestado servicios como auxiliar de hostelería desde el 4-10-11 mediante contrato temporal de interinidad por vacante, dicho contrato ha quedado extinguido en virtud de la adjudicación con efectos de 1-10-16 de su puesto de trabajo a la persona que obtuvo la plaza en proceso de consolidación, y la propia actora a su vez también ha obtenido una plaza distinta en el mismo proceso de consolidación, realizado con base en la disposición transitoria undécima del convenio colectivo de la Comunidad de Madrid. Como ya ha mantenido esta Sala y sección, en sentencia de 5-6-17 rec. 344/17 entre otras, "(...) 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 esta 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".

En el caso presente aún es más acusada la disparidad respecto de la repetida sentencia del TJUE, puesto que la actora ha obtenido plaza con carácter de fijeza, sin solución de continuidad alguna, y obviamente con el respeto de la antigüedad anterior dimanante de su contratación temporal previa, y la recurrente no explica cómo este supuesto pueda ser equivalente al de la sentencia a la que pretende acogerse".

Se estima el sexto motivo de recurso, con el efecto de desestimar la demanda, sin necesidad de esperar la resolución de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea citadas en recurso, bastando decir al respecto que, cualquiera que llegue a ser la sentencia que recaiga, en nada afectaría al presente proceso, ya que la Directiva 1999/70/CE no establece el régimen de igualdad entre trabajadores temporales sino entre trabajadores fijos y temporales y este último no es el caso presente.



OCTAVO.- No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS solo prevé esta medida respecto a la parte vencida que no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

NOVENO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por "**COMUNIDAD DE MADRID**" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de MADRID de fecha DIECISIETE DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE , en virtud de demanda formulada por DOÑA Noelia contra dicha recurrente, en reclamación de **DESPIDO**. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. 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 **772/17** 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 0129 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 00 772/17), 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/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.