



Roj: **STSJ M 12021/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12021**

Id Cendoj: **28079340012017101001**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2017**

Nº de Recurso: **859/2017**

Nº de Resolución: **1080/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

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

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0045357

Recurso número: 859/17

Sentencia número: 1080/17

CE.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D^a. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a UNO DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 859/17, formalizado por el Sr/a. Letrado/a de la COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de MADRID , en sus autos número 970/2016, seguidos a instancia de Dña. Dolores contra la COMUNIDAD DE MADRID sobre despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, 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 probados:

PRIMERO.- Que la demandante D^a Dolores ha venido prestando sus servicios en el Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario, dependiente de la Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, desde el día 16.06.2003, mediante contratación temporal de interinidad al 25% de jornada, para la cobertura de plaza vacante, vinculada a la Oferta de Empleo Público de 2003.

Su categoría profesional era la de Auxiliar de Hostelería y percibía un salario bruto mensual de 410,04 €, incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en la cláusula primera del referido contrato de trabajo:

"El trabajador contratado ocupará provisionalmente, de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los art. 13.2 y 3 del vigente Convenio Colectivo, la vacante nº NUM000 de la categoría profesional de Auxiliar de Hostelería, vinculada a la Oferta de Empleo Público del ejercicio 2002".

La Cláusula cuarta, establece que "el presente contrato comenzará su vigencia el 22.04.2003 y se extinguirá por las causas previstas en el artículo 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre .

TERCERO.- Que mediante resolución del Director gerente del IMIDRA, de fecha 28.09.2016, se le notifica el fin de su contrato con efectos del 30.09.2016.

En la misma se indicaba:

"Por cumplimiento de la condición resolutoria pactada al haber sido publicada la Resolución de 27 de julio de 2016, de la Dirección General de Función Pública, (BOCM de 29/07/16), por la que se adjudican 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, convocado por Orden de 3 de abril de 2009, de la entonces Consejería de Presidencia, Justicia e Interior (BOCM de 29/06/2009), proceso selectivo en el que está incluido el puesto de trabajo nº NUM000 ."

CUARTO.- Las partes están afectas al Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid.

QUINTO.- Significar que en atención al art 13 de la norma colectiva, se procedió a convocar el correspondiente concurso de traslados que es la primera de las fases de provisión de las plazas vinculadas a la Oferta de Empleo Público; lo que se llevó a cabo mediante Orden 2493/2005, de 18 de noviembre, de la Consejería de Presidencia (BOCM nº 284, de 29 de noviembre), siendo resuelto finalmente mediante Resolución de 5.09.2007, de la Dirección General de Función Pública de la Comunidad de Madrid.

Una vez finalizada la fase del concurso de traslados, las plazas no cubiertas o que resultaron vacantes a raíz del mismo, fueron incluidas en la siguiente fase, denominada Consolidación de Empleo, que fue convocada por Orden de 3.04.2009, 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 1, Área C).

Finalmente, esta última fase del proceso de selección fue resulta mediante Resolución de 15.06.2016, de la Dirección General de Función Pública, por la que se resuelve el 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); modificada por Resolución de 4.07.2016, de la Dirección General de Función Pública.

SEXTO.- Que previa reclamación administrativa, la actora interpone demanda por despido improcedente y subsidiariamente se le reconozca una indemnización de 20 días/año; en el acto de la vista desistió de la acción de despido, manteniendo la de cantidad.

SÉPTIMO.- La plaza que ocupaba la actora tras la resolución de la convocatoria, fue asignada a D^a María Inmaculada , si bien renunció a la misma el 16.08.2016.

OCTAVO.- La actora suscribió el 28.10.2016 nuevo contrato con la Entidad demandada, efectos 1.11.2016, a tiempo completo, también de interinidad para ocupar la plaza NUM001 , vinculada a la cobertura del primer concurso de traslado que se convoque.

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



"Que estimando como estimo la demanda de cantidad formulada por D^a Dolores contra COMUNIDAD DE MADRID, debo condenar y condeno a la demandada al pago a la actora de tres mil seiscientos cuarenta y un euros con cuarenta y un céntimos (3.641,41)".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 28 de julio de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en 15 de noviembre de 2017, señalándose el día 29 de Noviembre de 2017 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone recurso la Comunidad de Madrid contra sentencia que estimó, una vez desistió la actora de la acción de despido, la demanda sobre reclamación de cantidad, reconociéndole una indemnización de 20 días por año con un máximo de 12 mensualidades (en total 3.641,41 euros), desplegando tres censuras jurídicas con correcto apartado c) del art. 193 LRJS, si bien por error se enumeran como cuatro, en las que denuncia:

A).- Infracción del artículo 17.1 LRJS y doctrina jurisprudencial asociada, por falta de acción al continuar la trabajadora prestando servicios.

B).- Infracción del artículo 70 del EBEP, 7 y 83 y Disposición Transitoria Cuarta del mismo y Disposición Transitoria 11^a del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, subsidiariamente del art. 70 EBEP en relación con la Disposición Final Cuarta del mismo texto legal, en la consideración de que no resulta aplicable al caso dicho art. 70 al tener preferencia la normativa del Convenio estando la vacante ocupada por la actora vinculada a la OPE de 2003, realizándose la oferta de empleo en todo caso dentro de los tres años.

C).- Infracción del art. 49.1.b) ET en relación con su apartado c) al no ser aplicable al caso la STJUE de 14-9-2016 y STS 28-3-2017.

SEGUNDO.- Según declara probado la sentencia de instancia, y no es controvertido, la actora suscribió contrato de interinidad por vacante vinculado a la OEP de 2003, categoría de auxiliar de hostelería, comenzando a prestar servicios el 16-6-2003, ocupando provisionalmente y de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos la vacante n^o NUM000. Con efectos del 30-9-2016 se le comunica la extinción del contrato al haber sido ocupado el puesto n^o NUM000 tras el correspondiente proceso selectivo por otra trabajadora, Doña María Inmaculada, si bien esta última renunció a la misma el 16-8-2016 antes de incorporarse. La actora suscribió el 28-10-16 nuevo contrato de interinidad a tiempo completo con la entidad demandada para ocupar la plaza NUM001 vinculada a la cobertura del primer concurso de traslado que se convoque.

TERCERO. A juicio de Magistrado de instancia la actora tiene derecho a una indemnización de 20 días, dado que se ha excedido el plazo de los tres años del art. 70 EBEP (desde la OEP de 2003 hasta la convocatoria de 2009) y además la demandante adquirió la condición de indefinida no fija pues la titular de la plaza renuncia al puesto ganado el 16-8-2016 antes de incorporarse y de cesar aquélla, siendo de aplicación al caso la STS de 28-3-2017.

CUARTO.- En el caso de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ("objetivo" o "colectivo"), si la extinción se califica de procedente, da lugar a una indemnización de 20 días/año y máximo 12 mensualidades (art. 53.1.b ET), que debe ponerse a disposición en la carta de despido.

A tenor del art. 49.1.c) ET, a la finalización del contrato, *excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos*, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Según se deduce de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada "no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables



por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas".

Esta Directiva, por de pronto, entra en contradicción con el artículo 15.6 ET según el que "Los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos ...".

El supuesto contemplado por la STJUE de 14 septiembre 2016 (c-596/14), caso ANA DE **DIEGO PORRAS** VS MINISTERIO DE DEFENSA, es el siguiente: La trabajadora prestaba servicios en el Ministerio de Defensa desde febrero de 2003, al amparo de varios contratos. En agosto de 2005 es nombrada interina para sustituir a una empleada que desempeña cargo sindical. El RDL 20/2012, de 13 de julio, sobre medidas de estabilidad presupuestaria, comporta la pérdida de la condición representativa de la representante sindical. Al aproximarse la reincorporación de la trabajadora titular del puesto desempeñado, el empleador activa el cese de la interina.

La cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid al Tribunal de Luxemburgo partía como premisas básicas de que la contratación por interinidad se ajustaba en el caso de Ana De **Diego** a los requisitos exigidos por la normativa nacional en vigor y la finalización de dicho contrato de trabajo estaba basada en una razón objetiva. En el ordenamiento laboral español cuando se extingue un contrato fijo por razones objetivas se abona una indemnización 20 días de salario por año trabajado, mientras que cuando se extingue un contrato temporal solo se abona 12 días de salario por año trabajado. Y cuando termina un contrato de interinidad no hay indemnización alguna.

A la primera pregunta formulada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid [¿Ha de entenderse comprendida la indemnización por finalización del contrato temporal en las condiciones de trabajo a las que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco?] se respondió por el Tribunal Europeo así: El concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

La segunda, tercera y cuarta pregunta formuladas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid fueron las que siguen:

¿Los trabajadores temporales han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que los fijos cuando el contrato se extingue por causas objetivas?

¿El artículo 49.1.c) ET traspone bien la Directiva 1999/70 [...] o es discriminatorio y contrario a la misma vulnerando su objetivo y efecto útil?

¿Es discriminatoria la distinción entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales?

Pese a las tres preguntas formuladas, el TJUE opta por abordarlas conjuntamente (segunda a cuarta) estableciendo la comparación entre indemnización a interinos y a trabajadores fijos comparables, sin comparar unos temporales con otros.

La clave en función de la cual se opta por el Tribunal de Luxemburgo en dejar abierta la indemnización de 20 días a la interinidad era que la demandante (Diana) ocupó durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical, así que "la situación de trabajador con contrato de duración determinada de la recurrente en el litigio principal era comparable a la de un trabajador fijo", alcanzando las siguientes conclusiones: La Directiva se opone a una normativa nacional 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.

En concreto, la sentencia de 14 de septiembre de 2016 el Tribunal de Estrasburgo (Sala Décima) declaró:

"1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.



2) *La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".*

Mientras que la sentencia de 5 de octubre de 2016, nº 613/2016, rec. 246/2014, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, una vez le fueron devueltas las actuaciones por el Tribunal de Luxemburgo tras dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada, considera, estimando el recurso de la trabajadora, es ajustada a derecho la extinción del contrato de interinidad de la actora, razonando a renglón seguido nos encontramos en un supuesto de temporalidad con "tempus" no acotado y de previsibilidad incierta hasta el extremo de que la duración del contrato se ha extendido más de siete años, acaeciendo la extinción contractual en virtud de una causa objetiva -en el sentido de no reprochable al trabajador ni dependiente de la mera voluntad empresarial- con una estructura causal análoga a las que el artículo 52 del ET denomina "*causas objetivas*", en cuanto a su través se evidencia la necesidad productiva de extinguir una relación laboral. En efecto, no es solo que la causa extintiva sea ad initio temporalmente indeterminada, pues la incorporación de la trabajadora sustituida se ha producido al margen de su voluntad de regreso o del término de la vigencia de su cargo representativo, desde la perspectiva de las condiciones vigentes a la fecha del pacto contractual, sino que ha tenido lugar en virtud del hecho, totalmente impredecible, 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. Siendo la Directiva 1999/70 directamente aplicable, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 8-6-2016, nº 497/2016, rec. 207/2015 y habiendo efectuado el Tribunal Europeo la interpretación que se ha transcrito del precepto citado, ha de estarse a la misma y concluir que no se puede discriminar a la actora en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo, habida cuenta de que el puesto de trabajo es único y por tanto son idénticos la naturaleza del trabajo y los requisitos de formación y lo han de ser todas las condiciones laborales y, entre ellas, la indemnización por cese, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe cualquier discriminación y de la repetida cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la misma la actora tiene derecho a igual indemnización que tendría un trabajador fijo comparable por la extinción de su contrato por causas objetivas, esto es, veinte días por año de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 53.1.b) del ET, porque la extinción es procedente, sin que pueda alterar esta calificación el hecho de que el demandado no hubiera puesto a disposición de la actora la indemnización que le corresponde, lo que es absolutamente excusable dados los términos de la norma nacional que el TJUE ha considerado se opone a la europea de aplicación.

QUINTO .- En concreto, la sentencia de 14 de septiembre de 2016 el Tribunal de Estrasburgo (Sala Décima) declaró:

"1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.

2) La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".

SEXTO .- Pues bien, en el caso enjuiciado, no tiene razón la Comunidad de Madrid en su recurso por las razones que siguen:

A).- Porque la Directiva 1999/70/CE goza en este caso de eficacia directa vertical en la relación laboral entre las partes procesales, pues estamos en un pleito entre un Organismo público ("Comunidad de Madrid") que



actúa como prestador de un servicio público y un particular. Por aplicación de esta Directiva y doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14 , De **Diego Porras**), y aunque concurriera a los efectos puramente dialécticos una justa causa de extinción del contrato, entiende esta Sección de Sala, en línea con su sentencia de 16 de junio de 2017, rec. 350/2017, y con la Sección Sexta de este mismo TSJ en la suya de 8 de mayo de 2017, rec.87/2017, procede reconocer el derecho de la actora a percibir indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado. En este sentido resulta también aplicable la STS de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015 , aun cuando referida a un trabajador indefinido no fijo cuya plaza se cubre por los procedimientos establecidos, dado que 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. Nótese además la actora cesa con efectos del 30-9-2016, comunicándosele la extinción del contrato al haber sido ocupado el puesto nº NUM000 tras el correspondiente proceso selectivo por otra trabajadora, Doña María Inmaculada , pero esta última renunció a la misma el 16-8-2016, antes de incorporarse, y por consiguiente antes del 30-9-2016.

B).- Porque la doctrina emanada de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, hace que en la interpretación efectuada por el Tribunal de Luxemburgo no pueda tratarse a la actora en sus condiciones de trabajo, por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables, y por ello tiene derecho a una indemnización de 20 días por año, tal como reclama, y por mucho que su contrato se haya extinguido, a juicio de la demandada, por las causas consignadas en el mismo.

C).- Porque lo relevante en el caso enjuiciado no es tanto si ha cumplido o no la demandada con el plazo de los tres años para la ejecución de la oferta de empleo público, cuanto si el puesto de trabajo que ocupaba interina y provisionalmente por la actora podía extinguirse sin indemnización alguna.

En el caso presente, a los efectos dialécticos, cabría sostener dos posiciones:

1.- Que no es aplicable el plazo de tres años del art. 70 EBEP , [*"la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años"*], en línea con la STSJ Madrid, Sección Sexta de 8-5-17, rec. 87/2017 , pues este precepto se refiere a la incorporación de personal de nuevo ingreso y en el caso de la actora, al tratarse de un proceso de consolidación de empleo, resulta de aplicación la disposición transitoria cuarta de la normas de referencia (EBEP) , que establece: " 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.- Que es aplicable el plazo de los tres años del artículo 70 EBEP , en línea con la STSJ Madrid, Sección Quinta de 24 de abril de 2017, rec. 109/2017 , pero adquiriendo la condición de indefinida no fija por transcurso de los tres años sin cubrirse la plaza por titular, aunque ello no impide que la vacante que ocupa no pueda cubrirse por el procedimiento legal. Siendo la conclusión la de entender que el contrato de la demandante fue extinguido de manera eficaz, pero teniendo derecho a una indemnización de 20 días por año, como se sigue del criterio de la STS 28 de marzo de 2017, rec. nº 1664/2015 , según la que, y en lo que aquí interesa:

"(...) un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo con base en las siguientes razones:

Primera. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

Segunda. Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general



debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Tercera. Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET , pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

Cuarta. Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato" .

Con todo, esta Sección se ha decantado a favor de la postura mantenida por la sentencia firme de la Sección Sexta de este Tribunal de 8-5-17 , y así en la nuestra de 10-11-2017, rec. 812/2017 , hemos afirmado que el art. 70 del EBEP lo que regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público 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:

Pero cualquiera que sea la posición que finalmente se adopte la conclusión que se alcanza es que la actora tiene derecho a una indemnización de 20 días por año.

D).- Porque el hecho de que cesara la actora el 30-9-2016 y luego haya sido contratada de nuevo -un mes después- por la demandada con efectos del 1-11-2016 (hecho probado octavo) para otra plaza la núm. NUM001 , vinculada al primer concurso de traslado, en absoluto le priva de acción o de legitimación para reclamar la indemnización por la extinción de la primera relación.

SÉPTIMO .- Una última precisión: la Letrada de esta Comunidad dice en su escrito de impugnación que "*debiera suspenderse*" el recurso que nos ocupa hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dé respuesta a las cuestiones prejudiciales suscitadas por otra Sala de suplicación -concretamente, la de Galicia- y un Juzgado de lo Social de Madrid, lo que no entendemos procedente.

Según el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada): "*(...) Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia*".

Siguiendo el criterio de nuestra sentencia de 10-11-2017, 812/2017 , tal petición merece una respuesta desfavorable dado que "*aun aplicando la teoría comunitaria del "litigio concreto", esta Sala no encuentra razón de fuste para promover tal decisión prejudicial, por cuanto no alberga dudas acerca de la interpretación de una norma de Derecho de la Unión Europea, ni, por ende, es menester despejarlas para resolver el pleito sometido a nuestra atención enjuiciadora. Como señala la sentencia de la Sección Sexta de este Tribunal de 8 de mayo de 2.017 (recurso nº 87/17), que es firme y a la que la Letrada de la Comunidad de Madrid se remite, precisamente, en su escrito de contra-recurso:"(...) 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)".

OCTAVO .- Es en méritos de lo razonado que, aun cuando por fundamentos no exactamente coincidentes con la sentencia recurrida, el recurso se desestima confirmando el fallo de la resolución judicial de instancia, procediendo condenar en costas a la recurrente por importe de 300 euros (art. 235 LRJS).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de fecha doce de abril de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de MADRID , en sus autos número 970/2016, seguidos a instancia de Dña. Dolores contra la COMUNIDAD DE MADRID sobre despido y, en su consecuencia, confirmamos la resolución judicial recurrida. Condenamos en costas a la recurrente por importe 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, 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 resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

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 número 2826000000085917.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, 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.

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