



Roj: **STSJ M 12092/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12092**

Id Cendoj: **28079340012017101072**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2017**

Nº de Recurso: **938/2017**

Nº de Resolución: **1162/2017**

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

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0045142

Recurso número: 938/17

Sentencia número: 1.162/17

Gi.

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 VEINTIDOS 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

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 938/17, formalizado por el Sr. Letrado D. GONZALO MANUEL DE FEDERICO FERNANDEZ, en nombre y representación de D^a. Marina contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2.017, dictada por el Juzgado de lo Social número 38 de MADRID , en sus autos número 1031/2016, seguidos a instancia de dicha parte recurrente frente a la CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID sobre DESPIDO y reclamación de CANTIDAD, 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.- La parte actora, doña Marina , con DNI NUM000 , ha prestado servicios para CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, con la categoría de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, con una antigüedad desde el 07/01/2.006, percibiendo un salario de 1.759,20 € mensuales, incluido el prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- Dicha relación laboral se inició con la suscripción de un contrato de interinidad para la cobertura de vacante incluida en la oferta de empleo público adicional correspondiente al año 1.999, a tiempo completo, asignándole el puesto NUM001 , indicando en dicho contrato que el mismo se extinguiría conforme a lo previsto en el artículo 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre , y disponiendo que dicho contrato en ningún caso daría lugar a una relación jurídico-laboral de carácter indefinido. Asimismo se indicaba que en todas las materias no contempladas en el contrato, se estaría a lo dispuesto en el Convenio Colectivo vigente, a cuyas normas se sometían ambas partes, y en su defecto, a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones legales vigentes de general o especial aplicación.

TERCERO.- Por Resolución de 29 de julio de 2016, de la Dirección General de Función Pública, publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 183 de 2 de agosto de 2016, se adjudicaron los destinos al proceso extraordinario de consolidación de empleo, para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería (grupo IV, nivel 3, Área D), convocado por orden de 3 de abril de 2009, de la entonces CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA JUSTICIA E INTERIOR, que fue publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 29 de junio. En dicho proceso selectivo fue adjudicada la plaza NUM001 de la categoría profesional de auxiliar de enfermería.

CUARTO.- Mediante Resolución de 13 de septiembre del 2016 se le comunicó su cese con efectos de 30/09/2016. Dicha plaza fue ocupada por doña Ángela , que suscribió el contrato de trabajo indefinido a tiempo completo en fecha 30/09/2016.

QUINTO.- La demandante ha sido nuevamente contratada para prestar servicios mediante un contrato de interinidad a tiempo completo en fecha 01/11/2016, auxiliar de enfermería hospitalaria ocupando la plaza NUM002 vinculada al primer concurso de traslados que se produzca y estando sometido dicho contrato al cumplimiento de las causas previstas en el artículo 8.1 c del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre . También se especifica que los efectos de la causa cuarta del artículo y apartado anterior el proceso de cobertura definitiva de la plaza que ocupa la hoy demandante se entenderá concluido cuando se produzca la adjudicación del puesto al personal que he superado el proceso selectivo correspondiente, al que estuviera vinculado el puesto de trabajo cuando haya sido declarada desierta la plaza en dicho proceso selectivo. Además, dispone el contrato que se extinguirá el mismo por el reingreso de un trabajador fijo en situación de excedencia sin reserva de puesto.

SEXTO.- La parte actora no ostenta, ni ha ostentado en el año inmediatamente anterior la condición de Delegado de Personal, o representante de los trabajadores, ni consta afiliado a sindicato alguno.

SÉPTIMO.- La parte actora interpuso Reclamación previa en fecha 21/10/2.016, siendo desestimada por silencio administrativo. Agotada la vía previa interpuso demanda el 25/10/2.016.

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

"Que desestimando la excepción de falta de acción en cuanto a la demanda de despido y en cuanto al fondo del asunto se desestima la demanda de despido interpuesta por doña Marina contra CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Y en cuanto a la petición subsidiaria de reclamación de una indemnización se estima la excepción de inadecuación de procedimiento, debiendo la parte actora interponer la demanda de cantidad, si a su derecho conviniese, debiéndola presentar en el Registro de decanato para su posterior reparto".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ACTORA, 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 11 de agosto de 2.017 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 fecha 5 de diciembre de 2.017, señalándose el día 20 de diciembre de 2.017 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 actora contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, tendente a la declaración del su despido como improcedente o, subsidiariamente, una indemnización de 20 días por año, desplegando un exclusivo motivo, con correcto amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS, en el que se denuncia infracción de los artículos 51.1, 52 c), 53 b) y 56 del ET, 70.1 del EBEP, así como jurisprudencia asociada del TS y del TJE y doctrina judicial del TSJ de Madrid que cita.

SEGUNDO .- Según declara probado la sentencia de instancia, y no es discutido, la actora se vinculó a la CAM como auxiliar de enfermería el 7-1-2006 por un contrato de interinidad por vacante incluida en la oferta de empleo público adicional del año 1999, asignándole el puesto identificado como NUM001, e indicándole que dicho contrato se extinguiría conforme a lo prevenido en el art. 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, comunicándosele mediante resolución de 13-9-16 que, con efectos del 30-9-16, cesaba en su puesto de trabajo por ser cubierta en proceso extraordinario de consolidación de empleo adjudicándosele a otra trabajadora que suscribió contrato indefinido a tiempo completo con esa misma fecha 30-9-16. La actora ha vuelto a ser contratada mediante contrato de interinidad a tiempo completo en fecha 1-11-16, como auxiliar de enfermería, identificada como NUM002, vinculada al primer concurso de traslados que se produzca.

TERCERO .- El Juez de instancia motiva la desestimación de la demanda básicamente en que la acumulación de la petición de cantidad a la acción de despido incurre en una acumulación indebida de acciones (art. 26.1 ET), y porque tanto en el caso de tratarse de un contrato de interino como indefinido no fijo por haberse superado el plazo de tres años para la ejecución de la oferta de empleo público el caso es que la vacante a que se hallaba adscrita la demandante ha sido cubierta por el procedimiento reglamentario por lo que la extinción es conforme a Derecho.

CUARTO .- Comenzaremos por señalar es acumulable la acción de despido a la acción de cantidad. Para ello, basta con remitirnos, en línea con nuestra sentencia de 29-9-17, rec. 609/17, a la doctrina que luce en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2.017, en Pleno (recurso nº 1.664/15) y 9 de mayo de 2.017 (recurso nº 1.806/15), dictadas ambas en función unificadora, por mucho que hagan méritos a personal laboral indefinido no fijo, lo que no impide que su criterio en este punto sea plenamente extrapolable al supuesto enjuiciado. Así, la segunda de ellas proclama: "(...) Sin que esto suponga incurrir en incongruencia ultra petita, puesto que como ya hemos señalado, la acción de despido ejercitada en la demanda (...), permite el reconocimiento de la indemnización que legalmente corresponda si la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo lo ha sido conforme a derecho, y que en este supuesto, de acuerdo a lo antedicho, debe ser la de veinte días por año de servicio". Se trata, por tanto, de queja que fue desechada, haciéndolo también en el apartado 3 del fundamento segundo de la misma, donde la expresada Sala del Alto Tribunal afirma: "(...) Sostiene el Abogado del Estado en la impugnación que con este segundo motivo se pretende introducir en fase de casación una cuestión nueva que no fue invocada en suplicación, al no haber instado anteriormente la demandante el pago de la indemnización correspondiente a la extinción de los contratos temporales a la que se refiere el art. 49.1 letra c) ET. Alegato que no es atendible, cuando los mismos argumentos de la Sala IV que recoge la sentencia referencial admiten la posibilidad de imponer en estos casos la condena al pago de la indemnización que legalmente corresponda, porque lo que el trabajador reclama cuando solicita la calificación del cese como despido nulo o improcedente no es otra cosa que el abono de la máxima indemnización legal que proceda, sin que sea necesario que se tenga que instar en la demanda la pretensión concreta de una específica cuantía indemnizatoria, de tal manera que la acción ejercitada en reclamación de la indemnización correspondiente al despido improcedente lleva en sí mismo implícita la de la menor indemnización que el antedicho precepto contempla para la extinción de los contratos temporales", lo que desvirtúa cualquier alegación respecto de una supuesta indebida acumulación de acciones, al estar implícita la indemnización subsidiariamente propugnada en la acción de despido que se ejercita.



QUINTO .- 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 del Luxemburgo partía como premisas básicas de que la contratación por interinidad se ajustaba en el caso de Otilia 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 (Otilia) 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.

SEXTO .- Pues bien, en el caso enjuiciado, tiene razón la parte recurrente en su petición subsidiaria, y no así la Comunidad de Madrid en la impugnación al recurso, por las razones que siguen:

A).- Porque partimos de que no ha existido un despido, dado que concurre una causa válida de extinción del contrato, cual es la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentariamente establecido, pasando a ser ocupada la plaza ocupada por la actora por quien la ganó en el proceso selectivo de consolidación de empleo. Según proclama la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017 : "(...) En cuya resolución ha de aplicarse la doctrina que establece la reciente sentencia del Pleno de la Sala, de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015), que conoce de un supuesto idéntico al presente en el que se declaró ajustada a derecho la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza, habiendo reclamado



la trabajadora en su demanda la calificación de ese acto extintivo como despido improcedente". Si esto es así en caso de personal laboral indefinido no fijo, cuánto más tratándose de contrato de interinidad para cobertura de vacante, circunstancia que, a la postre, se produjo -llegando, pues, a su término- a través de uno de los procesos selectivos regulados en el Convenio Colectivo de aplicación.

B).- 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 concurra 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 establecido, 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.

C).- 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 por las causas consignadas en el mismo.

D).- 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 de mayo de 2017 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" .

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.

Y es que como pone de manifiesto la sentencia firme de la Sección Sexta de esta Sala de 8 de mayo de 2.017 , antes meritada:

"(...) 1.- Los sujetos (pasivos) de la 'eficacia vertical'. Abundando en esta línea explicativa hemos de indicar -con las SSTJUE 24/01/2012, asunto 'Domínguez', aps. 38 y 38; y 12/12/13, asunto 'Portgás', aps. 23 y 24- que: 'a).- Se ha mantenido un sentido amplio del sujeto frente al que invocar las disposiciones comunitarias, al afirmar que pueden aducirse 'contra un Estado, sea cual sea la condición en la que actúa, como empleador o como autoridad pública'. b).- Asimismo, las Directivas son invocables -cuando proceda y en tanto que como efecto directo- también, de entre las entidades públicas, contra 'los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes'. De donde se concluye con la eficacia vertical de la Directiva 1999/70 en las relaciones laborales que mantiene la CM con sus trabajadores. (...) Por último haremos mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14 , asunto **Diego Porras**), la cual concluye que 'La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización'".

E).- 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, nuevamente como auxiliar de enfermería por contrato de interinidad por vacante, en absoluto le priva de acción o de legitimación para reclamar la indemnización por la extinción de la primera relación. Nótese que en el caso sometido ahora a nuestra consideración, es distinto al analizado en nuestra sentencia de 19-5-2017, rec. 223/2017 , puesto que en este último la demandante fue nuevamente contratada *sin solución de continuidad* como personal estatutario.



SEPTIMO. - Es por lo razonado que se impone estimar en parte el recurso reconociendo a la actora una indemnización de 20 días por año, que se cuantifica en **12.400,92 euros**, siguiendo la aplicación informática puesta a disposición de los operadores jurídicos en el portal del CGPJ, atendiendo al siguiente desglose:

Fecha de inicio: 07/01/2006

Fecha de finalización: 30/09/2016

Número de años: 3920

Número de meses: 129

Salario bruto: mensual

Importe: 1759,20

Sueldo diario: 57,68.

OCTAVO .- Sin que proceda suspender la tramitación del procedimiento, tal como se pide por la Comunidad de Madrid en su otrosí tercero a su escrito de impugnación al recurso, por el hecho de haberse planteado sendas cuestiones prejudiciales sobre la cuestión examinada, al no darse los presupuestos legales para ello. En efecto, si bien el art. 4bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción procedente de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio), ordena que "1. *Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* ", ello no resulta suficiente para paralizar las actuaciones, máxime cuando ya se ha pronunciado, al menos en una ocasión, el Tribunal de Justicia europeo y existen ya otras muchas sentencias recaídas en esta Sección sobre la misma temática.

Sin costas (art. 235 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por Doña Marina contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 38 de los de Madrid de fecha 17 de abril de 2017 , en sus autos núm. 1031/2016, en virtud de demanda deducida por la recurrente contra CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, y con revocación de la resolución judicial de instancia reconocemos a Doña Marina una indemnización por extinción del contrato de **12.400,92 euros** , condenando a CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID a su abono.

Sin costas

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 282600000093817 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 282600000093817.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ