



Roj: **STSJ M 12036/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:12036**

Id Cendoj: **28079340012017101016**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/12/2017**

Nº de Recurso: **874/2017**

Nº de Resolución: **1103/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12036/2017,**  
**STS 2649/2019**

**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** : 28.079.00.4-2016/0045460

**Procedimiento Recurso de Suplicación 874/2017**

**ORIGEN:** Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid Despidos / Ceses en general 973/2016

**Materia** : Despido

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

**SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA**

**Recurso número: 874/17**

**Sentencia número: 1103/17**

**CM**

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER JOSÉ PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a siete 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 874/17 formalizado por la Sra. Letrada de la Comunidad de Madrid nombre y representación de la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de fecha 19 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de MADRID, en sus autos número 973/16, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Milagros frente a la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID en reclamación por 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 en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- Que la actora D<sup>a</sup> Milagros prestó servicios para la entidad demandada Agencia Madrileña de Atención Social, Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, desde 21.09.2012, mediante un contrato de interinidad, categoría de Auxiliar de Enfermería y salario 1.560,38 €/brutos.

SEGUNDO.- El centro de trabajo Residencia Reina Sofía. El objeto de su contrato: ocupación plaza vacante nº NUM000, Oferta Pública Empleo 2000.

TERCERO.- Por carta de 2.09.2016 y efectos 30.09.2016 a la actora se le comunica:

"Por la presente se comunica a Milagros con DNI NUM001 categoría Auxiliar de Enfermería, que debido a la adjudicación definitiva del NPT NUM000 que Vd ocupa, derivada del proceso de consolidación de empleo recientemente resuelto, el próximo 30 de septiembre de 2016 será el último día de prestación de servicios en este Centro."

CUARTO.- Las partes están afectas al Convenio Colectivo de la Comunidad de Madrid.

QUINTO.- La convocatoria se inició por Orden de 3.04.2009 y fue resuelta por Resolución de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid de 21.07.2016.

SEXTO.- Que previa reclamación administrativa, la actora interpone demanda por despido y subsidiariamente solicita una indemnización de 20 días/año, en relación a su cese.

SÉPTIMO.- Que la plaza ocupada por la actora fue adjudicada tras la convocatoria reseñada a D<sup>a</sup> Candelaria, la cual suscribió con la Entidad demandada contrato de carácter indefinido el 30.09.2016.

OCTAVO.- Que la actora en el presente ejercicio 2017 ha vuelto a ser contratada por la Entidad demandada."

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

"Que estimando como estimo parcialmente la demanda de despido y cantidad formulada por D<sup>a</sup> Milagros contra AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, debo declarar y declaro:

- a) Que la actora tenía la condición de indefinida no fija al servicio de la demandada al momento del cese.
- b) Que tal cese no constituye despido sino válida extinción contractual.
- c) Que le corresponde el percibo con motivo del mismo de una indemnización de cuatro mil doscientos trece euros con dos céntimos (4.213,02) (a razón de 20 días/año).

Que se obliga a las partes a estar y pasar por tal declaración, con condena a la Entidad demandada al pago a la actora de la indicada indemnización."

**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 02/08/2017, 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 fecha 22/11/2017 señalándose el día 05/12/2017 para los actos de votación y fallo.

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Interpone recurso la Comunidad de Madrid contra sentencia que estimó en parte la demanda, tendente a la declaración del despido como improcedente y subsidiariamente el derecho a una indemnización de 20 días por año por discriminación respecto del personal laboral fijo, declarando que la actora tenía la condición de indefinida no fija al servicio de la demandada desde el momento del cese, que tal cese no constituye despido sino válida extinción contractual, y que le corresponde con motivo del mismo una indemnización de 4.213,02 euros a razón de 20 días por año.

**SEGUNDO** .- El recurso se estructura en cuatro motivos , todos ellos con adecuado encaje en el apartado c) del art. 193 LRJS , en los 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 art. 26.1 LRJS , al acumularse, en su opinión, indebidamente las acciones de despido y reclamación de cantidad, siendo que el único supuesto de acumulación permitido ( art. 26.2 LRJS ) sería por despido discriminatorio con vulneración de derechos fundamentales.

C).- Infracción del artículo 70 del EBEP , 7 y 83 y Disposición Transitoria Cuarta del mismo y Disposición Transitoria 11ª 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 2000, realizándose la oferta de empleo en todo caso dentro de los tres años.

D).- 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 , así como doctrina judicial asociada, al no devenir el contrato de la actora en indefinido no fijo, sino que su contrato de interinidad por vacante ha sido válidamente extinguido por ocupación definitiva de la plaza por su titular derivada del proceso de consolidación de empleo.

E).- Finalmente, y por otrosí, solicita se suspenda la tramitación del recurso hasta que se resuelvan diferentes cuestiones prejudiciales pendientes ante el Tribunal de Luxemburgo.

**TERCERO** .- Según declara probado la sentencia de instancia, y no es controvertido, la actora suscribió con la Comunidad de Madrid contrato de interinidad por vacante, identificada como nº NUM000 , vinculado a la OEP de 2000, categoría de auxiliar de enfermería, comenzando a prestar servicios el 21-9-12. Con efectos del 30-9-2016 se le comunica la extinción del contrato al haber adjudicado definitivamente el puesto nº NUM000 tras el correspondiente proceso de consolidación de empleo a la trabajadora Doña Candelaria , que suscribió con la entidad demandada contrato indefinido el 30-9-16. Consta que la actora, Doña Milagros , ha vuelto a ser contratada por la entidad demandada en el ejercicio 2017, en concreto a partir del 11-1-17 (folio 49 vuelto) como auxiliar de enfermería con contratos de interinidad.

**CUARTO** .- A juicio del Magistrado de instancia no existe acumulación indebida de acciones, al depender la indemnización de la calificación del despido, sin que el hecho de que la demandante haya vuelto a ser contratada en el ejercicio de 2017 sea óbice para el ejercicio de la acción, dado que el objeto de la litis se centra en establecer la calificación del cese de 30-9-16 y sus consecuencias legales, y en cuanto al fondo, afirma, 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 adquiriendo la condición de indefinida no fija, pues su contrato se sujeta a la oferta pública de empleo del año 2000, no iniciándose la convocatoria de esa oferta pública de empleo hasta 2009, en vigor el EBEP, y resolviéndose en septiembre de 2016, siendo de aplicación al caso la STS de 28-3-2017 .

**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 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 (Ana de **Diego**) 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** .- 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" .*

**SEPTIMO.-** 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.

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 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" .*

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 más de tres meses después, el 11-1-17, en absoluto le priva de acción o de legitimación para reclamar la indemnización por la extinción de la primera relación.

E).- Porque no estamos ante una acumulación indebida de acciones, pues según se infiere de la STS de 2-12-16, rec. 6585/12 , el proceso ordinario es adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que resulta de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes; pero cuando en el supuesto controvertido, como aquí sucede, se ponen en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida, el único procedimiento adecuado es el de despido. Esto último es lo que acontece en el caso sometido a nuestra consideración en el que se extingue el contrato de la actora entendiendo la parte demandada que no procede ninguna clase de indemnización tras ser ocupada la concreta plaza que cubría en interinidad por vacante la actora por la titular tras el correspondiente proceso selectivo. Resulta así adecuada la modalidad procesal de despido (extinción por causas objetivas) sin necesidad de que se reconduzca la acción de reclamación de la indemnización de 20 días por año de servicio a través de la modalidad procesal ordinaria.

A mayor abundamiento sobre esta cuestión basta con remitirnos, en línea con nuestra sentencia de 29-9-17, rec. 609/2017 , 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.

F).- Porque no procede suspender la tramitación del recurso.

La Letrada de esta Comunidad dice 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".

Y siguiendo la sentencia de esta Sección 1ª de 10-11-17, rec. 812/2017 :

"(...) 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 contrarrecurso: "(...) 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 el recurso se desestima, confirmando la sentencia de instancia, aun cuando por razonamientos no exactamente coincidentes, al no haberse infringido la normativa denunciada, procediendo condenar en costas a la recurrente por importe de 300 euros ( art. 235 LRJS ).

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia nº 172/2017 de fecha 19 de abril de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de MADRID seguidos a instancia de Dª Milagros frente a la recurrente en materia de despido, confirmando la resolución judicial de instancia. 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 2826 0000 0008 7417 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 28010 de 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 2826 0000 0008 7417.

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.