



Roj: **STSJ M 8905/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:8905**

Id Cendoj: **28079340032018100523**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **16/07/2018**

Nº de Recurso: **370/2018**

Nº de Resolución: **528/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34001360

NIG: 28.079.00.4-2017/0044879

Procedimiento Recurso de Suplicación 370/2018

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Procedimiento Ordinario 942/2017

Materia: Reclamación de Cantidad

Sentencia número: 528/18-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a dieciséis de julio de dos mil dieciocho, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los **Ilmos. Sres.** citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 370/2018, formalizado por el Letrado de la Comunidad de Madrid en nombre y representación de SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, contra la sentencia de fecha 22/11/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 942/2017, seguidos a instancia de Dña. Bernarda frente a SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, en reclamación por Reclamación de Cantidad, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, 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:

1)-La actora D^a *Bernarda* comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada EL SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD DE LA COMUNIDAD DE MADRID con fecha 16-12-13, con la categoría profesional de auxiliar de obras o servicios y con un salario mensual de 1.537,31 euros brutos con prorrata de pagas extras.

2)- Ambas partes celebraron en fecha 16-12-13 un contrato a de interinidad para sustituir a una trabajadora durante su adscripción provisional a un puesto de superior categoría.

3)-Por Orden de 3-4-09 de la Consejería de la Presidencia, Justicia e Interior (BOCAM 29-6-09) se procede a convocar un proceso extraordinario de consolidación de empleo de carácter laboral para plazas de auxiliar de enfermería.

4)-Mediante resoluciones de la Dirección General de la Función Pública de fechas 22, 27 y 29 de julio de 2016 (BOCAM 2-8-16), se procede a la adjudicación de los destinos procedentes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral, de las categorías profesionales de DUE, auxiliar de hostelería y auxiliar de enfermería, respectivamente.

5)-En fecha 30-9-16 se extingue el contrato de interinidad por cobertura reglamentaria de la plaza, extinguiéndose el contrato de la actora por este motivo.

6)-Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el Convenio colectivo del personal laboral de la CCAA de Madrid 2004-07, en cuyo art. 13 se regula el Régimen de provisión en los siguientes términos:

"1. Con carácter previo a su inclusión en la Oferta de Empleo Público serán ofertadas en régimen de provisión interna, con arreglo al procedimiento establecido en el presente artículo, las vacantes existentes.

La comisión paritaria determinará, en su caso, la incorporación directamente a la Oferta de Empleo Público de las vacantes producidas por incremento vegetativo de plantilla, entendiéndose por estas últimas las relativas a jubilaciones, excedencias, renunciadas y demás situaciones de baja de carácter análogo. De no llegarse a acuerdo en comisión paritaria se proveerán en primer término en régimen de provisión interna todas ellas.

La Comunidad podrá reservar para su provisión por convocatoria libre, sin someterse a los turnos fijados en este artículo, los puestos que requieran cualificación exigida por la innovación tecnológica, reorganización administrativa o inicio de nuevas actividades. La Comunidad deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la utilización fundamentada de esta reserva. En caso de desacuerdo, será la comisión paritaria la encargada de resolver las diferencias, de conformidad con los métodos establecidos para la resolución de las mismas.

Con carácter general podrán tomar parte en los turnos de provisión interna aquellos trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio con relación jurídico- laboral de carácter indefinido y que se encuentren en situación de servicio activo o con el contrato suspendido con reserva de puesto. En el concurso de traslado podrán tomar parte, asimismo, los trabajadores en excedencia voluntaria con derecho a reingreso previa solicitud del mismo."

7)-Al resolverse el proceso selectivo, se extingue la plaza de superior categoría y la trabajadora sustituida regresó a su puesto de trabajo, siendo dicho puesto el que ocupaba la actora.

8)-Para el caso de estimar la demanda, la indemnización correspondiente a veinte días por año de antigüedad ascendería a un total de 2.856,20 euros.

9)-La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.

10)-Se agotó la vía previa administrativa.

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

Que estimando parcialmente la demanda de cantidad interpuesta por D^a *Bernarda* frente a EL SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD DE LA COMUNIDAD DE MADRID debo CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a abonar la indemnización de 1.713,72 euros netos.



CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por el letrado D. SANTIAGO LOPEZ MARTINEZ en nombre y representación de Dña. Bernarda .

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14/05/2018, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 03/07/2018 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Frente a la sentencia de instancia que estimó en parte la demanda formulada por la demandante y declaró su derecho a percibir una indemnización de 1.713, 72 euros del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD en concepto de indemnización como consecuencia de la extinción de su relación laboral de interinidad por sustitución de trabajadora adscrita provisionalmente a un puesto de categoría superior, se interpone recurso de suplicación por el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD que se articula en un único motivo que tiene por objeto el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la referida resolución.

SEGUNDO. - Interesa la recurrente con carácter previo la suspensión de la tramitación del recurso por haberse planteado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid sendas cuestiones prejudiciales que tendrían incidencia en la sentencia que pueda recaer en este recurso.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 ya examinó la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, por lo que se hace innecesario en todo caso la suspensión del presente recurso.

TERCERO. - El único motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, los artículos 7 y 83 del Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con la Disposición Transitoria 4ª de este último texto y la Disposición Transitoria 11ª del Convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

Sostiene en síntesis la recurrente que el contrato suscrito con la trabajadora demandante es ajustado a derecho, no existiendo fraude de ley y que se extinguió por las causas previstas el mismo, no estando prevista legalmente una indemnización por cese en esta modalidad contractual.

Como ya hemos anticipado se ha dictado reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 5 de junio de 2018 que examina la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, mediante auto de 21 de diciembre de 2016 en el que se plantea si 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, se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva, para ser más concreto en ese supuesto el 13 de marzo de 2007, la Sra. **Montero Mateos** celebró con la Agencia un contrato de interinidad al objeto de sustituir a un trabajador fijo que el 1 de febrero de 2008 se transformó en un contrato de interinidad para cobertura de vacante de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores, que fue adjudicado el 27 de julio de 2016 a quien que había superado dicho proceso selectivo que la Comunidad de Madrid había convocado el 3 de octubre de 2009 finalizando el contrato de la Sra. **Montero** el de 30 de septiembre de 2016.

De la referida sentencia que examina fundamentalmente el alcance de 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, se pueden extraer en otras las siguientes conclusiones:

1. El Acuerdo Marco incluye una prohibición de tratar, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos



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

2. La concesión de una indemnización por parte del empresario debido a la extinción de un contrato de trabajo está incluida en el concepto de "condiciones de trabajo" - sentencia de 14 de septiembre de 2016, De **Diego Porras**, C 596/14-.

3. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

4. El Acuerdo Marco únicamente se refiere a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable, es decir, no regula las diferencias de trato entre los trabajadores temporales, atendiendo a la naturaleza de la contratación temporal - sentencia de 14 de septiembre de 2016, De **Diego Porras**, C 596/14-.

5. Para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar y se encuentran en una situación comparable en el sentido del Acuerdo Marco, debe tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales.

6. El simple hecho de que una norma general o abstracta, una ley o un convenio colectivo prevea una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos no la justifica la desigualdad de trato, que debe justificarse por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto, que pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro

7. De la definición del concepto de trabajador con contrato de duración determinada que figura en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo Marco un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado, pudiendo constituir dicho término la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o, como en el caso de autos, el advenimiento de un acontecimiento concreto, por lo que las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término, entendiéndose que el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, se ajusta a la referida cláusula y que sin embargo, la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral y que en el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo, concluyendo que, cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida. Y por ello la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

Refiriéndose al caso concreto que examina la citada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma que " *incumbe al juzgado remitente, único competente para examinar los hechos, determinar si la Sra. **Montero Mateos**, cuando fue contratada por la Agencia mediante un contrato de duración determinada, se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo período de tiempo*", aunque a continuación partiendo de los datos de que dispone añade que, la Sra. **Montero Mateo** " *mientras estuvo contratada por la Agencia mediante un contrato de interinidad, ejercía las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso*" por tener precisamente el mismo como finalidad proveer con carácter definitivo el puesto que aquella había ocupado y viene a anticipar manteniendo que la apreciación definitiva corresponde al juzgado remitente que " *procede considerar que la situación de una trabajadora con contrato de duración determinada como la Sra. **Montero Mateos** era comparable a la de*



un trabajador fijo contratado por la Agencia para ejercer las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores" y añade que por este motivo se debe comprobar " si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores " y como se ha visto después de recoger que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato respecto a los contratos de duración determinada porque en estos últimos, la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o el advenimiento de un acontecimiento concreto llevan aparejada su finalización, también añade que en el supuesto analizado la trabajadora "no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga" y que aunque ciertamente finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración el juzgado remitente debe " examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo...", por lo que aun afirmando que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone al Derecho Español, no admite explícitamente que en el supuesto que analiza la trabajadora no tenga derecho a percibir la indemnización equivalente a un trabajador indefinido, debiendo concluir por tanto que se deben examinar las circunstancias que concurren encada supuesto de hecho.

En el supuesto que es objeto del presente recurso de suplicación, si bien existen circunstancias comunes al que fue objeto de la cuestión prejudicial, pues la demandante doña Araceli suscribió un contrato de interinidad -en este caso por sustitución de una trabajadora que estaba desempeñando tareas de categoría superior-, existe una diferencia sustancial, pues en este caso la contratación de la actora tuvo lugar el 16 de diciembre de 2013 -no llevaba prestando servicios ininterrumpidos durante más de 9 años-, es decir, la contratación temporal no alcanzó los tres años, por lo que en este caso concreto, sí que se puede concluir que el contrato no ha tenido una duración inusualmente larga y aunque no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que la trabajadora a la que sustituía cesaría en el puesto de trabajo que ocupaba, lo cierto es que como ésta tenía a su vez suscrito un contrato de interinidad por sustitución que preveía la reincorporación de la sustituida, que no ha superado el máximo de 3 años que legalmente se prevé para la contratación temporal, por lo que en el supuesto de autos la actora no tiene derecho a indemnización alguna como consecuencia de la extinción de su contrato de interinidad, que no tiene prevista indemnización cuando finaliza y consecuentemente estimamos el recurso formulado y revocamos la sentencia de instancia, absolviendo a la COMUNIDAD AUTÓNOMA de las pretensiones contra la misma deducidas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid el 22 de noviembre de 2017, en autos número 942/17, seguidos a instancia de doña Bernarda contra la recurrente y en su consecuencia revocamos aquélla, y con desestimación de la demanda, absolvemos a la demandada de la pretensiones contra la misma deducidas. 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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0370-18 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita



en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

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

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0370-18.

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

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 30/07/2018 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.