



Roj: **STSJ M 5281/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:5281**

Id Cendoj: **28079340062016100326**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/05/2016**

Nº de Recurso: **208/2016**

Nº de Resolución: **329/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

ROLLO Nº: RSU 208-16

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACION

MATERIA: DESEMPLEO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. **28** de , MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 175/15

RECURRENTE/S: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

RECURRIDO/S: D^a Micaela

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID a nueve de Mayo de dos mil dieciséis

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA,** , Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 329

En el recurso de suplicación nº **208/16** interpuesto por el Letrado sustituto de la Abogacía del Estado en nombre y representación de **SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **28** de los de MADRID, de fecha 16-11- 15 ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **175/15** del Juzgado de lo Social nº **28** de los de Madrid, se presentó demanda por D^a Micaela contra **SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL** en reclamación de



DESEMPLEO, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que estimo la demanda de D^a Micaela , contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, con revocación en lo necesario de las resoluciones impugnadas declaro el derecho de la actora a la prestación solicitada con efectos de 27 de octubre de 2014, y condeno a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración y a abonar las cantidades que procedan"

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

PRIMERO.- D^a. Micaela , parte actora en este procedimiento en la que concurren las circunstancias que constan en su demanda, respecto a la Administración demandada, no debatidas en el juicio y que se tienen por reproducidas. Solicitada la prestación objeto de debate e instruido el correspondiente expediente administrativo, se dictó la resolución obrante en autos que se tiene por reproducida.

SEGUNDO.- Dicha resolución de 31 de octubre de 2014, deniega la prestación manteniendo para ello que *"mantiene Vd. Su condición de trabajador fijo discontinuo, lo cual le impide acceder al subsidio solicitado, para trabajadores mayores de 55 años"*.

La actora presta servicios para el Ayuntamiento de Madrid mediante "contrato de interinidad con cargo a vacante de naturaleza discontinua vinculada a la próxima oferta de empleo público".

TERCERO.- Contra la resolución referida en el hecho primero interpuso reclamación previa que fue desestimada por la de 6 de abril de 2015, quedando abierta la vía jurisdiccional laboral ejercitada por la demanda origen de autos.

TERCERO.- - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día **4-5-16**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia de instancia, que ha estimado la demanda de la actora declarando su derecho al subsidio de desempleo para mayores de 55 años con efectos de 27-10-14. El recurso ha sido impugnado por la demandante.

Se formula un primer motivo amparado en el art. 193.b) de la LRJS en el que se solicita la adición de un nuevo párrafo al final del hecho probado 2º, del siguiente tenor literal:

"En escrito de 24 de marzo de 2015, por la Dirección General de Gestión de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Madrid se certifica que la actora "presta servicios como contratada laboral, para la realización de servicios de carácter fijo discontinuo en virtud de contrato de trabajo de interinidad con cargo a vacante de naturaleza discontinua vinculada a la próxima oferta de empleo público, desde el 18 de mayo de 2009".

Para ello cita el documento obrante al folio 26 de los autos, consistente en la certificación mencionada, que se pronuncia en los términos que refleja la recurrente, por lo que se accede a la adición propuesta, ya que completa el relato fáctico, sin perjuicio de dejar constancia que se trata de hechos no controvertidos, ya que lo que se declara en la certificación aludida coincide con el hecho 1º de la demanda y con el contenido del contrato de la actora que se adjuntó como documento 1 al escrito de demanda.

SEGUNDO.- En el segundo y último motivo, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS , se alega la infracción por no aplicación del art. 216.5 segundo párrafo de la LGSS , el cual establece lo siguiente: *"No serán de aplicación a estos trabajadores, mientras mantengan dicha condición, el subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años ni el subsidio especial para mayores de cuarenta y cinco años previstos, respectivamente, en los apartados 1.3 y 1.4 del artículo anterior"* . La expresión "estos trabajadores" se refiere a los "trabajadores fijos discontinuos" a los que se ha mencionado en el primer párrafo del precepto citado.

Pues bien, la demandante no es trabajadora fija discontinua, sino interina por vacante conforme al art. 4.1 párrafo segundo del RD 2720/98 de 18 de diciembre , ocupando una vacante de trabajo fijo discontinuo en el Ayuntamiento de Madrid en tanto aquella no sea cubierta mediante el correspondiente proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, conforme al art. 4.2.b) del mismo RD citado. Una vez que se produzca tal cobertura, el trabajador que la ocupe será fijo discontinuo, pero la aquí demandante no lo es, al carecer de fijeza toda vez que su contrato es temporal y puede extinguirse válidamente una vez que la plaza sea cubierta por los procedimientos de selección que correspondan. Por ello no le puede ser de aplicación el art. 216.5 segundo párrafo de la LGSS .



En este mismo sentido ha decidido la sentencia de esta Sala (sección 3º) de fecha 30-9-13 rec. 6922/12 obrante en las actuaciones.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución ,

FALLAMOS:

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 28 de MADRID en fecha 16-11-15 en autos 175/15 seguidos a instancia de Dª Micaela contra la recurrente, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **208/16** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 **208/16**), 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.).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

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