



Roj: **STSJ M 6419/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:6419**

Id Cendoj: **28079340022017100620**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **452/2017**

Nº de Resolución: **633/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0046582

Procedimiento Recurso de Suplicación 452/2017-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Despidos / Ceses en general 1067/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 633/17

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a catorce de junio de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 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 452/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. MARIA ROSALIA MARTIN ACERO en nombre y representación de D./Dña. Consuelo , contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1067/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Consuelo frente a CONSEJERIA DE EDUCACION, JUVENTUD Y DEPORTE, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO, 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.- La actora D^a Consuelo , venía prestando servicios por cuenta de la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID desde el 3/01/2013, con la categoría profesional de Auxiliar de Hostelería y devengando un salario 1.452,07 euros/mes con prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- La actora tenía suscrito un contrato de interinidad para la cobertura de puesto de trabajo vacante de auxiliar de Hostelería (puesto nº NUM000) vinculado a la Oferta de Empleo Público, hasta cobertura reglamentaria de la plaza.

TERCERO.- Por Orden de 3/4/2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno (BOCAM 29/6/2009) se convocó un proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso da plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería auxiliar de hostelería, correspondientes a las Ofertas Públicas de Empleo de los años 1998 a 2004.

CUARTO.- Por Resoluciones de 22, 27 y 29 de julio de 2016 de la Dirección General de la Función Pública se procede a la adjudicación de destinos correspondiente al proceso selectivo anterior y se adjudica la plaza que ocupa la actora interinamente a un trabajador, que suscribe el contrato de trabajo indefinido el 30/9/2016.

QUINTO.- El día 27/09/2016 se comunica a la actora que con efectos de 30 de ese mes, se extinguía la relación laboral que le vincula con la demandada por cobertura de la plaza vacante, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas de su contrato.

SEXTO.- La actora suscribió nuevo contrato temporal el 26/10/2016.

SÉPTIMO.- Se presentó reclamación previa.

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

"**DESESTIMANDO la demanda de despido** a instancia de DOÑA Consuelo , frente a CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones en su contra deducidas por la parte actora.

Declarando al acumulación indebida de acciones respecto a de pretensión acumulada de indemnización de 20 días por año en base a la sentencia del TJUE (asunto De **Diego Porras**)."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Consuelo , 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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, 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 14/6/17 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 Por Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid se dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2017 , Autos nº 1067/2016, en demanda sobre despido y reclamación de cantidad formulada por D^a Consuelo frente a la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid. La sentencia desestima la demanda en cuanto a la acción ejercitada por despido, y declara acumulación indebida de acciones respecto a la pretensión acumulada de indemnización de 20 días por año en base a la sentencia TJUE (asunto **Diego Porras**).

La actora solicitaba en su demanda, que el cese de fecha 27/09/2016 y con efectos del día 30 del mismo mes fuera declarado despido improcedente o subsidiariamente se le indemnizara con 20 días por año de trabajo.



Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de la trabajadora y ello con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ; recurso que ha sido impugnado.

SEGUNDO Con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia, al estimar la excepción de acumulación indebida de acciones, estaría infringido lo dispuesto en el art 26 de la LRJS y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo fijada en las sentencias de fecha 14-10-2013 y 6-10-2015 , así como la STJUE de 14-9-2016.

El motivo del recurso debe de ser estimado y así lo ha resuelto esta Sala de lo Social en Sentencia de fecha 16 de mayo de 2017 Rec 285/2017 , en un supuesto similar al aquí planteado en la que expresamente se señala: "La acumulación permitida en este precepto debe entenderse en el sentido que exponen las sentencias de esta Sección Sexta de fecha 27 de abril de 2015 (rec. 97/15), repetida en la de 6 de febrero de 2017 (rec. 1011/16), en estos términos:

"... Esta norma se ha interpretado por la Sala de esteTSJ-sentencia de 3-3-2014 (rec. 1383/2013) - en el entendimiento de que la misma (...) no encierra el sentido estricto que se le daría si por liquidación hubiéramos de entender exclusivamente la que se refiere a los días de salario por los días trabajados, pendientes de abono en la fecha del despido y la parte proporcional de las pagas extras reglamentarias o convencionales. Bien al contrario, liquidar es saldar, pagar o satisfacer lo que está pendiente, y por ello, si en el momento en que se produce la extinción del contrato, la empresa adeuda retribuciones aun no abonadas, su reclamación es viable junto con la de despido, y solo cuando "por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad"... ""

De ello se deduce que, ejercitada acción de despido y, de no existir éste, reclamación de indemnización por válida extinción contractual, cabe decidir ambas cuestiones en un mismo litigio. De hecho, así lo hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de marzo de 2017 a la que luego haremos mención más detallada."

Por todo lo cual, siguiendo el criterio de esta Sala de lo Social, por seguridad jurídica, que compartimos así Sentencia de esta Sección 2ª de 7-6-2017, Rec 340/2017 , procede en consecuencia la estimación de este motivo del recurso.

TERCERO Con igual amparo procesal se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia habría infringido lo dispuesto en los artículos 51.1 , 52 c) , 53,b) y 56 del ET en relación con el art 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público. Y ello, argumenta la parte recurrente, porque la actora tendría la condición de indefinida no fija y el procedimiento de consolidación seguida por la demandada debería ser el propio de un despido colectivo o en todo caso un despido objetivo individual.

Partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, que no han sido impugnados, debemos de tener en cuenta que la actora tenía suscrito un contrato de interinidad para la cobertura de puesto de trabajo vacante de Auxiliar de Hostelería (puesto nº NUM000) vinculado a la oferta de empleo público , hasta la cobertura reglamentaria de la plaza. Habiéndose convocado por Orden de 3/4/2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia Portavocía del Gobierno un proceso extraordinario de consolidación de empleo, como consecuencia del mismo, se procedió a la adjudicación de puesto de trabajo que ocupaba a un trabajador que suscribió un contrato indefinido con fecha 30-9-2016.

Tal motivo del recurso debe de ser desestimado y ello siguiendo el criterio de esta Sala en reciente sentencia de fecha 16/05/2017 Rec 1007/2016 , en su supuesto sustancialmente idéntico al aquí planteado y en el que expresamente se señalaba : " La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado varias resoluciones en litigios derivados de esa clase de procesos de provisión de puestos de trabajo de personal laboral de las Administraciones públicas, según veremos en las sentencias que citaremos más adelante en los fundamentos octavo y noveno. Por su parte la Sala Tercera ha ratificado en varias ocasiones la competencia de la Comunidad de Madrid para celebrar convocatorias singulares de provisión de personal -funcionario y laboral-, conforme a las facultades de su Ley autonómica 1/86 (sentencias de 11 de febrero de 2009 -rec. 1299/05 - y 25 de febrero de 2009 -rec. 2372/05 -).

Sentado el presupuesto relativo al sistema de provisión seguido para cubrir la vacante ocupada interinamente por la actora, pasamos a razonar por qué entendemos que no cabe aplicar las normas de despido colectivo en el ámbito de las Administraciones públicas ni la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 citada en el escrito de suplicación.

(...) Dicha sentencia del Tribunal Supremo (RCUD 217/13), de Sala General, se refiere al supuesto de fin de contrato de interinidad por amortización de la plaza ocupada por el contratado interino. Los términos en que se expresa dicha resolución son inequívocos:



"La demandada no ha controvertido que nos encontremos ante un despido colectivo, que afecta a un importante número de trabajadores. Su oposición a la aplicación del procedimiento previo del despido colectivo que regula el art. 51 del E.T. en relación con la Adicional Vigésima del mismo y con el art. 35 del R.D. 1483/2012, la ha fundado en que la extinción de los contratos se ha basado en la aprobación de una nueva R.P.T. que ha conllevado la amortización de los puestos de trabajo de los trabajadores afectados que han visto extinguidos sus contratos no por causa de un despido colectivo, sino por la amortización del puesto de trabajo que ocupaban en virtud de un contrato de interinidad por vacante, contrato que se extingue al ser cubierto el puesto de trabajo que es objeto del mismo, y, también, cuando se amortiza ese puesto porque de ese hecho deriva, igualmente, la extinción de un contrato de interinidad que ha perdido su objeto".

Por el contrario, en el caso presente no ha existido amortización alguna de la plaza ocupada por la actora, sino todo lo contrario; dicha plaza se mantiene con su correspondiente dotación presupuestaria y por eso precisamente se ha procedido a designar al titular que debe ocuparla."

Así mismo debemos de recordar La Sala de lo Social del TS en sentencias de fecha 19 de mayo de 2015 REc 2552/2014 y de fecha 18-5-2015 Rec 2135/2015 plantean si es ajustado a derecho la extinción de un contrato de interinidad respecto de una plaza vacante en la Administración (SERMAS), vinculada a oferta de Empleo Público, promoción profesional específica, fruto del cual se produjo la incorporación de quien superó el proceso en la plaza que ocupaba la actora. La Sala tras recordar la jurisprudencia sobre que el contrato de interinidad para cubrir una plaza pendiente de cobertura reglamentaria dura todo el tiempo que dure el proceso de cobertura de la plaza, produciéndose la extinción, salvo que la plaza se amortice, sólo con la cobertura real de la vacante.

Y en el presente supuesto, es lo que acontece, ya hemos señalado que la provisión de la vacante que venía ocupando D^a Consuelo , se produjo como consecuencia de la resolución del proceso extraordinario de consolidación de empleo señalado en los hechos declarados probados segundo a sexto.

Por lo que respecta al carácter de indefinida no fija de la relación laboral que unía a las partes litigantes, lo que se declara en la sentencia de instancia, sentencia que no ha sido impugnada por la representación letrada de la Comunidad de Madrid, es firme y por lo tanto a ello debemos de estar. Siendo precisamente esa falta de impugnación la razón que determina la firmeza de esa calificación de la relación laboral, no el que estemos de acuerdo con ella en este caso, dado que, como se ha dicho, la cobertura de la plaza de la actora tuvo lugar como consecuencia de un proceso especial de consolidación de empleo, regido por la disposición transitoria cuarta del EBEP -no por su art. 70-, en la cual no se establece el plazo de 3 años para su ejecución. Pero indistintamente del tal calificación la extinción de la relación laboral con base a lo antes ya señalado es ajustada a derecho tanto si se le considera de carácter temporal como si se le considera indefinido no fijo.

Por todo lo cual el motivo del recurso debe de ser desestimado, confirmando con ello el criterio de instancia.

CUARTO Con igual amparo procesal se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia habría infringido la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999. Pues entiende que de no considerarse que el cese de la actora debe de calificarse como despido improcedente tendría derecho a que se le abonase una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Por la representación letrada de la Comunidad de Madrid se opone alegado que en los supuestos de contratos de interinidad quedan excluidos de la indemnización prevista en el art 49.1 c) del ET .

Pues bien, si bien es cierto que la sentencia de instancia no se ha pronunciado sobre la indemnización que en su caso correspondería percibir a la trabajadora, en el caso que su cese se declarara ajustado a derecho por entender que existía una acumulación indebida de acciones, lo que no es compartido por esta Sala. Nos pronunciaremos sobre tal cuestión, por un principio de economía procesal, pues además de haberse pronunciado las partes en el recurso y en la impugnación de este sobre tal cuestión y no se plantea ninguna discusión en cuanto a la antigüedad y salario de la actora, no se causaría indefensión a las mismas. Y como antes ya hemos indicado no se cuestiona por la demandada la calificación de la relación laboral de las partes litigantes como indefinida no fija.

Pues bien el motivo del recurso debe de ser estimado y ello en base a la reciente sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 (RCUD 1664/15) ha fijado nuevo criterio con relación con las consecuencias del cese de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público, para lo cual se replantea la anterior doctrina. Con tal fin expone diversas razones, entre las cuales:

"... 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". Criterio que ha sido seguido por esta Sala de lo Social en la sentencia antes citada (16-5-2017) que por seguridad jurídica seguimos, por lo que procede la estimación de este motivo del recurso.

Así pues la indemnización que le correspondería percibir a la actora teniendo en cuenta su salario ascendería a 3.570,66€, en lo que procede la estimación del recurso y revocar la sentencia de instancia en tal pretensión desestimándolo en todo lo demás. Sin costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D^a Consuelo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 , de fecha 6 de febrero de 2016, en virtud de demanda formulada por la actora contra Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid sobre despido e indemnización por fin de contrato. En consecuencia, revocamos parcialmente la sentencia de instancia, en el sentido de mantener la inexistencia de despido de la actora, y condenamos a la demandada a abonarle por el concepto indemnización por fin de contrato la cantidad de 3.570,66€, en los que estimamos la demanda desestimándola en lo demás. 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 2827-0000-00-0452-17 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 2827-0000-00-0452-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase 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 de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.