



Roj: **STSJ M 8085/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:8085**

Id Cendoj: **28079340022017100696**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **05/07/2017**

Nº de Recurso: **555/2017**

Nº de Resolución: **710/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL RUIZ PONTONES**

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 : 28.079.00.4-2016/0044254

Procedimiento Recurso de Suplicación 555/2017-FS

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid Despidos / Ceses en general 992/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 710/17

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a cinco de julio 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 555/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. GONZALO MANUEL DE FEDERICO FERNANDEZ en nombre y representación de D./Dña. Florencia , contra la sentencia de fecha 7 DE FEBRERO DE 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 992/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Florencia frente a CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES, 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 parte actora comenzó a prestar sus servicios en la demandada en fecha 16 de MARZO de 2010, con la categoría de AUXILIAR DE ENFERMERIA y percibiendo un salario de 1.650,86 euros mensuales brutos, incluida prorrata de pagas extraordinarias. La actora presta sus servicios en la Residencia de PP.MM. en San Fernando de Henares, en Madrid. La actora ha prestado servicios para la CAM, en las fechas y mediante los contratos que figuran en su hoja de servicios que se da por reproducida (folio 14 de la demandada).

SEGUNDO.- En fecha 23 de septiembre de 2016, la demandada comunico a la actora, que con fecha de 30 de septiembre de 2016, finalizaba su contrato, en el N.P.T. NUM000 , de conformidad con la cláusula quinta de su contrato, tras la adjudicación de los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo, para el acceso a plazas de carácter laboral. La actora recibió la comunicación día 26 de septiembre de 2016. Asimismo se le había comunicado la finalización del contrato el día 24 de agosto de 2016, por carta de fecha 5 de agosto de 2016.

TERCERO. En la actualidad la demandante presta servicios en la RESIDENCIA DE PERSONAS MAYORES "ADOLFO SUAREZ", como AUXILIAR DE ENFERMERIA, en virtud de contrato de interinidad desde el 10.10.2016.

CUARTO.-La demandante suscribió en fecha 15 de marzo de 2010, un contrato de "Interinidad para cobertura de vacante vinculada a oferta de empleo público a tiempo completo. En la cláusula primera del mismo se estableció que "El trabajador contratado ocupara provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los artículos 13.2 y 3 del Convenio Colectivo , la vacante nº NUM000 de la categoría profesional de auxiliar de enfermería, vinculada a la oferta de empleo público del año 2004. El contrato se firmo al amparo del artículo 15.1 c) del ET y artículo 4 del RD 2720/1998 de 18 de diciembre .

QUINTO.- La adjudicataria de la plaza, que ocupa la actora, fue declarada en situación de excedencia, con efectos de 1 de octubre de 2016, por resolución de fecha 14.09.16

SEXTO.- Dña. Olga ocupa la plaza NUM000 , vinculada a la cobertura del primer concurso de traslado que se convoque, mediante un contrato de interinidad a tiempo completo, desde el 1 de octubre de 2016, hasta el cumplimiento de las causas que en el mismo se señalan.

SEPTIMO.-. El 03.04.2016, se convoco proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de enfermería (BOCAM, de 29 de junio de 2009). Por Resolución de 5 de agosto de 2016 de la Dirección General de la Función Pública se dicta resolución por la que se procede a la adjudicación de destinos dando por terminado el proceso extraordinario de consolidación de empleo (BOCM nº 190 de fecha 10.08. 16) (DOCUMENTO 11 DE LA DEMANDADA). El puesto de trabajo nº NUM000 que ocupaba la demandante fue adjudicado. Por resolución de 29 de julio de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, se adjudicaron los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría de Auxiliar de Enfermería (BOCAM de 2 de agosto de 2016).

OCTAVO.-. Se ha agotado la vía previa, formulándose reclamación previa el 18 de octubre de 2016.

NOVENO.- No consta que la parte actora ostente cargo sindical ni representativo alguno

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

"Que desestimo la demanda formulada por Dña. Florencia contra la SERVICIO MADRILENO DE SALUD DE LA COMUNIDAD DE MADRID y absuelvo a la demandada de las demás pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D./Dña. Florencia , 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 5/7/17 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.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión de la demandante que se declare que ha sido objeto de un despido improcedente o subsidiariamente que se condene a la demandada a que le abone una indemnización de 20 días por año de servicio, la representación letrada de la demandante interpone recurso de suplicación formulando dos motivos destinados a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, considera, en síntesis, que la extinción del contrato de trabajo constituye un despido improcedente o subsidiariamente procedente igualando la indemnización a la del despido objetivo al no haber acudido al despido colectivo objetivo y haber vulnerado los artículos 51.1 , 52.c) 53.b) y 56 del ET , y jurisprudencia que cita. Entiende, en síntesis, que el contrato de trabajo ha superado el plazo de 3 años que establece el artículo 70 del EBEP por lo que la trabajadora tenía la condición de indefinida no fija.

Como esta Sección de Sala ha dicho en sentencia de fecha 7/06/2017 :

>>(…) siguiendo el criterio de esta Sala de lo Social en reciente Sentencia de fecha 8 de mayo de 2017, REc 87/2017 en cuyo RJ 4º expresamente señala : "- El primer texto del EBEP fue aprobado por la Ley 7/2007, posteriormente derogado por Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en vigor desde 1 de enero de 2015. No obstante, hay que destacar el contenido coincidente del art. 70 y la disposición transitoria cuarta de ambas leyes que acabamos de mencionar, siendo su texto el siguiente:

Artículo 70.1 "Oferta de empleo público.

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años".

Vemos en el precepto transcrito que lo que en él se regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público -en adelante "OPE"- u otro instrumento similar de gestión), dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. Por tanto, el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo como el seguido en este caso para la cobertura de la vacante de la actora.

Ese proceso especial viene regulado en la disposición transitoria cuarta de las normas de referencia."

En el supuesto enjuiciado tal y como se señala en el HP4º de la sentencia recurrida se declara que " Por Orden de 3 de abril de 2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, publicada en el BOCM de 29/06/2009, se convocó proceso extraordinario de consolidación de empleo para la cobertura mediante sistema de concurso oposición , de 1.414 plazas de personal laboral de la categoría , entre otras , de Auxiliar de Hostelería , correspondientes a las ofertas de empleo público de la CAM para los años 1998-2004). Habiéndose seguido el proceso fijado en la Disposición Transitoria 11ª del Convenio Colectivo citado, sin que en el mismo ni en la Orden de convocatoria establezca que el plazo para su realización debe de ser en tres años. Siguiéndose por lo tanto el procedimiento previsto en el Convenio por el hecho que la actora hubiera prestado sus servicios más de tres años con un contrato de interinidad para cobertura de vacante vinculada a oferta de empleo público no por ello ha adquirido la condición de indefinida no fija. En este sentido debemos de tener en cuenta la STS de fecha 19 de julio de 2016 Rec. 2258/2014 citada por la parte recurrente, que si bien referida a un supuesto distintito, analiza la diferente normativa que ha venido regulando el contrato de interinidad, llegando a la conclusión que conforme a la norma actualmente aplicable, esto es el RD 2720/1998, el contrato de interinidad debe extinguirse cuando se extingue la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo. Sin que la prolongación del contrato de interinidad más allá del periodo máximo previsto en la normativa de Correos y Telégrafos, dé lugar a la conversión en indefinido del contrato de interinidad, al no estar dicha conversión legalmente prevista. Sentencia en la que expresamente señala: "No desconoce la Sala que la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos



abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual. Pero, aparte de que el carácter temporal del vínculo no resulta modificado por la «falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada» (STS 20/03/96 -rcud 2564/95 -), «la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección» (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97 -rcud 3660/96 -; y 09/06/97 -rcud 4196/96 -). Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06 -rec. 2335/05 -; y 29/06/07 -rcud 3444/05 -).».

La actora ha prestado servicios en virtud de diversos contratos suscritos, que constan en el documento nº 7 de la demandada, folio nº 14, de su prueba documental, y desde el 16/03/2010, el contrato ha sido de interinidad, primero por vacante vinculado a la oferta de empleo público correspondiente al año 2004 (documento nº 2 de la demandante), indicándose en el hecho probado cuarto que en la cláusula primera se estableció que ocuparía " *provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los artículos 13.2 y 3 del Convenio Colectivo , la vacante nº NUM000 (...)*". La plaza fue adjudicada y la adjudicataria fue declarada en situación excedencia, con efectos 1/10/2016 (hecho probado quinto). En aplicación del criterio expuesto en la mencionada sentencia dictada por esta Sala, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, bajo el mismo amparo procesal, alega infracción del artículo 123 de la LRJS . En síntesis expone que si la extinción es procedente, procedería el abono de una indemnización de 20 días por año de servicio.

La sentencia de esta sección de Sala de 7/06/2017, recurso nº 449/2017 , ha dicho

>> En cuanto a la indemnización que se establece en el fallo recurrido, se argumenta en el recurso, que si no procede calificar la relación como indefinida no fija , y por lo tanto nos encontramos ante la válida extinción de una relación laboral temporal de interinidad , el fallo recurrido vulnera el art. 49.1 c) del ET , por cuanto los doce días de indemnización que en el mismo se prevén no resultan de aplicación al contrato de interinidad, según se deduce de una lectura literal de propio precepto.

Tal cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en la sentencia antes citada de 8 de mayo de 2016 Rec 87/2017 , criterio que por seguridad jurídica seguiremos y en cuyo FJ 15º expresamente señalaba "Por último haremos mención a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14 , asunto **Diego Porras**), la cual concluye que "La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización".

Y se continua razonando en el FJ 16º a modo de conclusión: "Llega la hora de concretar nuestra decisión sobre el tercer motivo de recurso de la CM. Éste pide descartar toda indemnización por lícito fin del contrato de interinidad de la actora -petición principal- o, de conceder alguna, que sea la fijada en el art. 49.1.c) ET para determinados casos de trabajadores temporales -petición subsidiaria-. Esa decisión se adoptará a partir de la doctrina comunitaria, la doctrina constitucional y la jurisprudencia que se ha citado anteriormente, de cuyo conjunto deducimos:

-La contradicción entre la cláusula. 4.1 del Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la citada Directiva 1999/70/CE (principio de prohibición de trato desfavorable entre trabajadores fijos y temporales) y el art. 49.1.c) ET (exclusión de indemnización a los trabajadores interinos que válidamente finalicen sus relaciones laborales) ha sido aclarada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, en el sentido de que no queda justificado que por el mero hecho de ser interino un trabajador no tenga derecho por fin de su relación laboral a la indemnización establecida en el ordenamiento español para el caso de los despidos objetivos de trabajadores fijos.

-La Directiva 1999/70/CE goza del principio de primacía del Derecho comunitario.



-Goza también en este caso de eficacia directa vertical en la relación laboral entre las partes procesales, dado que estamos en un pleito entre un Organismo público ("CM") que actúa como prestador de un servicio público y un particular.

- Para aplicar la doctrina comunitaria establecida en la repetida sentencia de 14 de septiembre de 2016 no es preciso plantear cuestión de inconstitucionalidad, por las razones indicadas en la doctrina constitucional que se reseña en el decimotercer fundamento de derecho de la presente sentencia.

En consecuencia, procede por parte de este órgano judicial aplicar la doctrina de dicha sentencia comunitaria, dada la absoluta igualdad de ambos supuestos litigiosos (mismo empleador y misma válida causa de extinción de contratos de interinidad)."

En atención a lo expuesto, y dado que la denuncia jurídica que estamos examinando lo es en exclusiva por la Entidad recurrente sin que el trabajador demandante hubiera formalizado recurso alguno, la sentencia de instancia ha devenido firme para el trabajador, sin que esta Sala se pueda pronunciar sobre si procede una indemnización superior a la fijada en la resolución que se impugna tal y como se resolvió en la sentencia antes citadas dictada por esta Sala entre otras, pues ello supondría incurrir en incongruencia extra petita>>.

Por lo tanto, con independencia que la vinculación fuese en virtud de una relación laboral indefinida no fija, hasta que se cubriese por el procedimiento legalmente establecido, o de un contrato de interinidad, la demandante tiene derecho a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado, lo que lleva a estimar el motivo y el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por **la representación letrada de Florencia** contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, en autos nº 992/2016 seguidos a instancia de Florencia contra CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación por DESPIDO, y manteniendo que se ha producido una válida extinción del contrato de trabajo, se condena a la COMUNIDAD DE MADRID-CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA a que abone a la demandante la cantidad de 7.146,37 euros (siete mil ciento cuarenta y seis euros con treinta y siete céntimos de euro).

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 2827-0000-00-0555-17 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 2827-0000-00-0555-17.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ