



Roj: **STSJ M 9569/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:9569**

Id Cendoj: **28079340012017100782**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **553/2017**

Nº de Resolución: **798/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JAVIER JOSE PARIS MARIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0045909

Procedimiento Recurso de Suplicación 553/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 04 de Madrid Despidos / Ceses en general 1041/2016

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 553/17

Sentencia número: 798/17

CM

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN

Ilma. Sra. D^a ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

En la Villa de Madrid, a veintidós de septiembre 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 553/17 formalizado tanto por la Sra. Letrada de la Comunidad de Madrid en nombre y representación de la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL como por la Sra. Letrada D^a EVA DOMÍNGUEZ TEJEDA en nombre y representación de D^a Mariana contra la sentencia de fecha



16 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de MADRID , en sus autos número 1041/16, seguidos a instancia de D^a Mariana frente a la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL, en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN, 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 viene prestando servicios para la Comunidad de Madrid desde el 27/04/2004, prestando servicios en la Residencia Manoterías, por medio de contrato de interinidad a tiempo completo de fecha 20/10/2008, para cobertura de vacante vinculada a oferta de empleo público correspondiente al año 2004, vacante nº NUM000 , con la categoría de Auxiliar de Enfermería, con un salario de 1.650,86 euros brutos mensuales, con inclusión de prorratas de pagas extraordinarias (folios 41, 43 a 68)

SEGUNDO.- La actora suscribió en fecha 20/10/2008 contrato de interinidad para cobertura de vacante con la demandada (folios 43 y 44), en cuya cláusula primera establece:

" El trabajador contratado ocupará provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los art. 13.2 y 3 del vigente Convenio Colectivo , la vacante número NUM000 de la categoría profesional de AUX. DE ENFERMERÍA vinculada a la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 2004 "

TERCERO.- Por escrito de la demandada de fecha 16/09/2016 (folio 42), se comunica a la actora lo siguiente:

" Mediante las Resoluciones de 22, 27 y 29 de julio de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, se procede a la adjudicación de los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de las categorías profesionales de Diplomado en Enfermería, Auxiliar de Hostelería y Auxiliar de Enfermería respectivamente.

En consecuencia, le comunico la finalización de su contrato de la categoría profesional de aux. enfermería, en el/la centro de trabajo RESIDENCIA DE MAYORES MANOTERIAS de este Organismo Autónomo, el día 30 de septiembre de 2016, en el N.P.T. NUM000 , y de conformidad con lo estipulado en la/s cláusula/s específicas de su contrato "

CUARTO.- Por resolución de 29/07/2016 de la Dirección General de Función Pública, se procede a la adjudicación de destinos al personal seleccionado correspondiente a la convocatoria de Oferta de Empleo Público de OPE, para personal laboral, aprobada por ORDEN de 03-04-2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, siendo adjudicado el NPT NUM000 a Dña. María Antonieta (folios 29 y 30)

QUINTO.- Dña. María Antonieta solicita excedencia por incompatibilidad con efectos 1/10/2016 (folio 30-vuelta), siendo contratada para la vacante NUM000 Dña. Asunción , por medio de contrato de interinidad vinculada a la cobertura 1er concurso traslados que se convoque (folios 31 y 32)

SEXTO.- La actora ha suscrito con la demandada con fecha 27/11/2016 nuevo contrato de interinidad con la categoría de Auxiliar de Enfermería para el centro Residencia Manoterías para sustituir a Dña. Delia durante la situación de Lic acumulación horas sindicales (folios 33 y 34)."

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

"Que debo dictar sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Que desestimo la acción de nulidad del despido

2.- Que estimando la acción de despido improcedente interpuesta DÑA. Mariana contra AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL, se declara la improcedencia del despido de fecha 30/09/2016 del que la demandante fue objeto, sin hacer pronunciamiento sobre la indemnización, puesto que la demandada ha dado satisfacción extraprocesal en el vínculo



3.- Que procede declarar que la naturaleza de la contratación con la trabajadora es de indefinida no fija y la antigüedad de 27/04/2004."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por ambas partes, demandante y demandada, formalizándolos posteriormente; tales recurso fueron 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 19/05/2017, 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 06/09/2017 señalándose el día 20/09/2017 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.- Contra la sentencia de instancia que estima en parte la pretensión actora sobre despido, desestimando la acción de nulidad, declarándolo improcedente sin hacer pronunciamiento sobre el derecho de opción ni sobre la indemnización legal, establece la antigüedad desde el 27-04-2004 declarando que la relación es de carácter indefinido no fijo, se interpone por la Comunidad de Madrid, Recurso que, en un primer motivo, al amparo procesal del art. 193 c) L.R.J.S ., se denuncia la vulneración del art. 26.1 L.R.J.S . por entender que se ha producido una acumulación indebida de acciones ya que a la acción por despido no se acumula una reclamación de indemnización por vulneración de derechos fundamentales, censura jurídica que no puede tener favorable acogida, porque en el presente supuesto, a la acción por despido se acumula con carácter subsidiario la reclamación de una indemnización que deriva directamente de la extinción contractual (20 días por año trabajado).

SEGUNDO. - Con el mismo amparo procesal, se denuncia la vulneración del art. 17.1 L.R.J.S ., por concurrir falta de acción en la demandante al continuar prestando servicios por cuenta de la demandada en virtud de un contrato de interinidad de fecha 25-11-2016, alegación sorprendente en el ámbito del recurso, porque ya se recoge en el fundamento de derecho 13º de la sentencia y en la parte dispositiva, por lo que resulta irrelevante a los efectos del fallo, sin perjuicio de cuanto se dirá al examinar el recurso de la demandante.

TERCERO.- Se denuncia como infringido el art. 70 del E.B.E.P . en relación a los arts. 7 y 83 del E.B.E.P . y art. 2.3 C.C . sosteniendo que la demora por más de tres años en la ejecución de la OPE no conlleva la improcedencia del despido, planteamiento que debe prosperar, conforme al criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 19-07-2016 y de 07-11-2016 , porque, como indica la primera, aunque la demora denunciada " *constituye el incumplimiento de un deber legal, de ello no se 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 de personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicios a cuantos aspiran a participar en el procedimiento de selección* ", y en todo caso, porque la condición de indefinido no impide cubrir la plaza por los procedimientos de selección previstos (STC de 07-11-2016), todo ello, siguiendo lo establecido en esta Sala y Sección en su Sentencia nº 592/17 Recurso 350/2017 de fecha 16-06 - 2017.

CUARTO.- Al amparo procesal del art. 193 c) L.R.J.S ., se denuncia la vulneración de los arts. 51 y 52 E.T ., y de la jurisprudencia que cita, por entender que no era necesario acudir a los trámites del despido colectivo, argumentación que ha de tener favorable acogida porque el cauce del despido objetivo queda reservado para los supuestos de amortización de la plaza. La extinción del contrato de interinidad al cubrirse la plaza por el procedimiento reglamentario, ciertamente, no equivale a la amortización del puesto de trabajo, por lo que no es necesario acudir al procedimiento previsto para el despido colectivo (STC de 24-06-2014)

QUINTO. - Con el mismo amparo procesal, se denuncia la vulneración de los art. 15 y 49.1 b) E.T ., sosteniendo que la relación se ha extinguido válidamente, pretensión que debe tener favorable acogida, una vez excluida la aplicación del art. 70 del E.B.E.P . en los términos del fundamento 8º de la sentencia, y al haberse identificado la plaza en el contrato (vacante nº NUM000 -ordinales 1º y 2º), y haberse adjudicado la plaza a Dª María Antonieta por Resolución de la Dirección General de Función Pública de 29-07- 2016 (ordinal 4º), esto es, al cumplirse la causa de la temporalidad prevista (art. 49.1 b) E.T .) El despido por tanto, ha de considerarse procedente, lo que hace innecesario examinar el último de los motivos sobre la interrupción del vínculo, que solo incidiría en la cuestión debatida si se considerase el despido improcedente por fraudulento, e efectos de la indemnización.



SEXTO .- Por la parte actora se interpone Recurso que, en dos motivos, que por razones de sistemática deben examinarse de forma conjunta dada su estrecha relación y al sustentarse en una misma línea argumental, denunciando el primero, al amparo procesal del art. 193 a) L.R.J.S ., la nulidad de la sentencia por omitir los pronunciamientos legales una vez establecida la improcedencia del despido, y en el segundo, al amparo procesal del art. 193 c) L.R.J.S ., denunciando la vulneración de los arts. 56.1 y 49 k) E.T . en relación al art. 110 L.R.J.S . y art. 24 y 9 C .E., sobre el contenido de ese pronunciamiento obligatorio que la sentencia omite, planteamiento que debe tener parcial acogida, de una parte, porque, en contra de las conclusiones del fundamento 13º de la sentencia, y siguiendo la Sentencia de esta Sala de 22-07-2015 que el propio fundamento cita, la reanudación del vínculo contractual mediante otro contrato de interinidad una vez extinguido el primero por la cobertura de la vacante, no supone satisfacción extraprocesal de la pretensión actora, al haber mediado entre ambos contratos casi cuatro meses (ordinales 4º y 6º), por lo que subsiste la acción por despido, pero de otra parte, si bien la extinción es procedente, por las razones antes expuestas, no es menos cierto que la demandante habrá de ser indemnizada por la cantidad correspondiente a 20 días por año de servicio prestado en virtud del contrato que se extingue, ya que, aunque la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario no es propiamente una causa objetiva de extinción contractual en el sentido de una causa no prevista en el contrato y sobrevenida por razones económicas, técnicas u organizativas, siguiendo el criterio de esta Sala y Sección en su Sentencia nº 592/17 Recurso 350/2017 de fecha 16-06-2017 a cuyos argumentos nos remitimos en aplicación de la Directiva 1999/70 y la Sentencia TJUE de 14-09-2016 (C-596-14) caso de **Diego Porras vs Ministerio de Defensa**.

En consecuencia, y conforme al salario y duración del contrato extinguido según se recoge en los ordinales 1º y 3º, le corresponde a la actora una indemnización de 8.683,97 € (S.E.U.O).

FALLAMOS

Que estimando en parte los Recursos interpuestos por la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL y por Dª Mariana contra la sentencia nº 63/2017 del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Madrid de fecha 16-02-2017 y REVOCÁNDOLA PARCIALMENTE declaramos que no hubo despido de la actora el día 30-09-2016 extinguiéndose válidamente la relación laboral condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 8.683,97 Euros. 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 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 0005 5317 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, 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 0005 5317.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ