



Roj: **STSJ M 9796/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:9796**

Id Cendoj: **28079340062017100771**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/09/2017**

Nº de Recurso: **639/2017**

Nº de Resolución: **784/2017**

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 639/2017

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACIÓN

MATERIA: CANTIDAD

Jzdo. Origen: **JDO. DE LO SOCIAL N. de 24 MADRID**

Autos de Origen: **1218/2016**

RECURRENTE: D^a. Visitacion

RECURRIDO: CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL).

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En MADRID, a veinticinco de septiembre de dos mil diecisiete

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 784

En el recurso de suplicación nº **639/2017** interpuesto por el Letrado, D^a. **MERCEDES GARRIDO BERMEJO** en nombre y representación de D^a. **Visitacion** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **24** de los de MADRID, de fecha **CINCO DE ABRIL DE DOS MIL DIECISIETE** ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. **ENRIQUE JUANES FRAGA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **1218/2016** del Juzgado de lo Social nº **24** de los de Madrid, se presentó demanda por D^a. **Visitacion** contra **CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA**

COMUNIDAD DE MADRID en reclamación de **CANTIDAD**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **CINCO DE ABRIL DE DOS MIL DIECISIETE** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"ESTIMO EN PARTE la demanda formulada por doña Visitacion contra la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL, dependiente de la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA de la COMUNIDAD DE MADRID, y la CONDENO a satisfacerle la cantidad de 1.904 euros, más los intereses de mora de los arts. 1100 , 1101 y 1108 Código Civil "

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

"PRIMERO.- Doña Visitacion ha prestado servicios para la AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL, dependiente de la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA de la COMUNIDAD DE MADRID, en virtud de sucesivos contratos de sustitución de vacaciones, interino sustituto fijo e interino por cobertura de vacante, contratos que obran en el certificado de prestación de servicios.

Desde el 4 de octubre de 2011 presta servicios en virtud de contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante vinculada a Oferta de Empleo Público de 1999, en relación a la vacante núm. NUM000 , a jornada completa, categoría auxiliar de hostelería, y salario de 1.447,88 euros, con prorrata de pagas, contrato de fecha 3 de octubre de 2011 (contrato de trabajo y nóminas obrantes a los folios 20 a 28).

SEGUNDO.-Por Orden de 3 de abril de 2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, se convocó proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D), correspondientes a las Ofertas de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para los años 1998-2004, aprobadas por los siguiente Decretos:

Decreto 70/1998, de 30 de abril, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 1998.

Decreto 65/1999, de 13 de mayo y 97/1999, de 24 de junio, por los que se aprueban, respectivamente, la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 1999 y una Oferta de Empleo Público Adicional de la Comunidad de Madrid para el año 1999.

Decreto 53/2000, de 30 de marzo, y 185/2000, de 31 de julio, por los que se aprueban, respectivamente, la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2000 y una Oferta de Empleo Público Adicional de la Comunidad de Madrid para el año 2000.

Decreto 51/2001, de 26 de abril, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2001.

Decreto 44/2002, de 14 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2002.

Decreto 15/2003, de 13 de febrero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2003.

Decreto 140/2004, de 14 de octubre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2004.

Indica dicha Orden que se convoca "en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria undécima del vigente Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid , y previo dictamen de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del referido Convenio Colectivo, en sesión celebrada el día 13 de marzo de 2009."

TERCERO.- Por Resolución de 29 de julio de 2016, de la Dirección General de Función Pública (BOCM 2 de agosto de 2016) se procedió a la adjudicación de destinos correspondiente al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo IV, Nivel 3, Área D), con efectos de 1 de octubre de 2016; adjudicándose el puesto de trabajo NUM000 a doña Dulce .

CUARTO.- En fecha 12 de agosto de 2016 doña Fidela y la Consejería suscribieron contrato de trabajo indefinido, para el puesto de trabajo 49207, categoría de Auxiliar de hostelería, con destino en el Hospital Universitario Gregorio Marañón, iniciándose la relación laboral el 1 de octubre de 2016 (folios 44 y 45).

QUINTO.- En fecha 23 de agosto de 2016, el Hospital General Universitario Gregorio Marañón notificó a doña Visitacion escrito del siguiente tenor literal:



"Pongo en su conocimiento que el próximo día 30 de septiembre de 2016, finaliza el contrato de interinaje suscrito por usted en este organismo, por cumplimiento de la condición resolutoria pactada en el mismo, al producirse con fecha 1 de octubre de 2016 la cobertura definitiva del puesto N° NUM000 , por usted ocupado provisionalmente en virtud de dicho contrato".

(Folio 43).

SEXO.- Doña Visitacion obtuvo plaza en el proceso de consolidación de empleo, plaza NUM001 , y ello por resolución de 27 de julio de 2016 (folio 33).

SÉPTIMO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de personal laboral de la Comunidad de Madrid".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, 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 20 de septiembre de 2.017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora contra la sentencia de instancia, que estimando parcialmente su demanda sobre reclamación de cantidad - indemnización por extinción de su contrato - le ha reconocido una indemnización de 8 días por año de prestación de servicios, en lugar de la indemnización de 20 días por año que solicitaba en su demanda. La Comunidad de Madrid, Consejería de Políticas Sociales y de Familia, ha impugnado el recurso.

En el escrito de impugnación se solicita que se suspenda la tramitación del presente recurso, aduciendo que se hallan pendientes de resolución por parte del TJUE dos cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia y por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid que podrían tener relevancia en orden a la decisión a adoptar en el presente litigio, debido a las dudas de diversa índole que ha suscitado la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso De **Diego Porras**). Sin embargo, ya en esta misma sección de la Sala de Madrid se debatió sobre la posibilidad de plantear una nueva cuestión prejudicial, habiendo prevalecido por mayoría (sentencia de 8-5-17 rec. 87/17 con voto particular) el criterio de atenerse a la doctrina de la sentencia mencionada a pesar de los reparos que puede ocasionar. Por ello, no existiendo además precepto alguno que establezca la suspensión de un proceso debido a la pendencia de una cuestión prejudicial, se acuerda la continuación del trámite del recurso y su decisión por medio de la presente resolución.

SEGUNDO.- En el único motivo formulado por la demandante, al amparo del art. 193.c) de la LRJS , se alega la infracción del art. 24 de la Constitución, 4 bis 1 de la LOPJ , 49.1.b), 49.1.c) y disposición transitoria 13ª del ET , para sostener la pretensión de indemnización de 20 días por año de servicio.

Nada se argumenta sobre la infracción del art. 24 de la Constitución , y el citado art. "4 bis 1" de la LOPJ no existe.

Sostiene la recurrente, en primer lugar, que su contrato se extinguió válidamente de acuerdo con la causa consignada en el contrato conforme al art. 49.1.b) del ET , y que se han de aplicar las consecuencias indemnizatorias previstas en el art. 49.1.c) del ET , en relación con la disposición transitoria 13ª del mismo texto legal .

Además de la confusión entre los apartados b) y c) del art. 49.1 del ET , sorprende esta primera argumentación por ser innecesaria, ya que la sentencia ha fijado precisamente esa indemnización, en este caso de 8 días por año por ser el contrato anterior a 31-12-11, y la Comunidad de Madrid no ha recurrido.

A continuación, ya en relación con la pretensión del recurso, aduce la recurrente el auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (caso Ayuntamiento de Huétor Vega), la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso De **Diego Porras**) y la sentencia del TS de 28-3-17 rec. 1664/15 , señalando que su relación era de indefinida no fija y que ha de aplicarse la indemnización de 20 días por año.

Hay que aclarar ante todo que la actora ha consentido la extinción de su contrato de interinidad por proceso de selección o interinidad por vacante, no habiendo cuestionado en modo alguno la regularidad de su contrato temporal, limitándose a ejercitar una acción de reclamación de cantidad por la extinción de dicho contrato, por lo que es insostenible su afirmación en el recurso de que la relación laboral era indefinida no fija. Ello lleva a excluir la aplicación de la doctrina de las sentencias del TS de 28-3-17 rec. 1664/15 y 12-5-17 rec. 1717/15 que, rectificando jurisprudencia anterior, reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos la indemnización de 20 días por año, considerándolos como una categoría intermedia entre los temporales y los fijos.



Por lo que se refiere a la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso De **Diego Porras**), su doctrina no es aplicable a un supuesto como el presente, en el que la demandante, a tenor de los hechos probados, ha prestado servicios como auxiliar de hostelería desde el 4-10-11 mediante contrato temporal de interinidad por vacante, dicho contrato ha quedado extinguido en virtud de la adjudicación con efectos de 1-10-16 de su puesto de trabajo a la persona que obtuvo la plaza en proceso de consolidación, y la propia actora a su vez también ha obtenido una plaza distinta en el mismo proceso de consolidación, realizado con base en la disposición transitoria undécima del convenio colectivo de la Comunidad de Madrid. Como ya ha mantenido esta Sala y sección, en sentencia de 5-6-17 rec. 344/17 entre otras, "(...) lo que se está solicitando es la indemnización de 20 días por año de servicios por aplicación de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016, y dicha sentencia no examina un caso como el actual. En esta resolución se examina el supuesto de extinción de un contrato de interinidad no seguida de nueva contratación, y no puede ser indiferente el dato de que materialmente la relación temporal continúe, aunque sea mediante la suscripción de un nuevo contrato de interinidad. Siendo así, no cabe en el caso actual la comparación entre la extinción del contrato de interinidad y la extinción de un contrato fijo por causas objetivas. La situación no es idéntica, pues es claro que si a un trabajador fijo se le extingue el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no se le contrata al día siguiente nuevamente. La nueva contratación de la actora introduce un elemento relevante que impide efectuar la comparación apreciando desigualdad de trato. No se ha infringido, en consecuencia, la doctrina de la citada sentencia del TJUE, y siendo ésta la única infracción alegada, se ha de desestimar el recurso".

En el caso presente aún es más acusada la disparidad respecto de la repetida sentencia del TJUE, puesto que la actora ha obtenido plaza con carácter de fijeza, sin solución de continuidad alguna, y obviamente con el respeto de la antigüedad anterior dimanante de su contratación temporal previa, y la recurrente no explica cómo este supuesto pueda ser equivalente al de la sentencia a la que pretende acogerse.

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

FALLAMOS:

desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a. Visitacion, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de MADRID en fecha 5 de abril de 2.017 en autos 1218/2016 seguidos a instancia del recurrente contra la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID 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 **639/2017** 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 **639/2017**), 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.).

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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.