



Roj: **STSJ M 10828/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:10828**

Id Cendoj: **28079340022017101064**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **30/10/2017**

Nº de Recurso: **933/2017**

Nº de Resolución: **1087/2017**

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 : 28.079.00.4-2016/0045973

Procedimiento Recurso de Suplicación 933/2017-s

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid Despidos / Ceses en general 1052/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 1087/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a treinta de octubre 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

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación 933/2017, formalizado por el/la LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA en nombre y representación de COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia de fecha 17.4.2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1052/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Asunción frente a COMUNIDAD DE MADRID, 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 parte actora, doña Asunción , con DNI NUM000 , ha prestado servicios para CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, con la categoría de auxiliar de enfermería, con una antigüedad desde el 18/02/2.013, percibiendo un salario de 1.547,17 ? mensuales, incluido el prorrateo de pagas extras. Las nóminas percibidas por la demandante durante el periodo comprendido entre octubre de 2.015 a septiembre de 2.016, constan en la documental de la parte actora, y su contenido se da íntegramente por reproducido.

SEGUNDO.- Dicha relación laboral se inició con la suscripción de un contrato de interinidad para la cobertura de vacante incluida en la oferta de empleo público adicional correspondiente al año 2.004, a tiempo completo, asignándole el puesto NUM001 , indicando en dicho contrato que el mismo se extinguiría conforme a lo previsto en el artículo 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre , y disponiendo que dicho contrato en ningún caso daría lugar a una relación jurídico-laboral de carácter indefinido. Asimismo se indicaba que en todas las materias, no contempladas en el contrato, se estaría a lo dispuesto en el Convenio Colectivo vigente, a cuyas normas se sometían ambas partes, y en su defecto, a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones legales vigentes de general o especial aplicación.

TERCERO.- Por Resoluciones de 22,27 y 29 de julio de 2016, de la Dirección General de Función Pública, publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 179 de 28 de julio de 2016, se adjudicaron los destinos 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), convocado por Orden de 3 de abril de 2009, de la entonces CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA JUSTICIA E INTERIOR, que fue publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 29 de junio. En dicho proceso selectivo fue adjudicada la plaza NUM001 de la categoría profesional de auxiliar de enfermería.

CUARTO. - Mediante Resolución de 19 de septiembre del 2016 se le comunicó su cese con efectos de 30/09/2016. Dicha plaza fue ocupada por doña Irene , que suscribió el contrato de trabajo indefinido a tiempo completo en fecha 30/09/2016. Dicha trabajadora se encuentra en excedencia voluntaria por incompatibilidad, desde el 01/10/2.016, que le fue concedida en fecha 30/08/2.016 mediante Resolución de la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia. Para cubrir dicha vacante, la parte demandada ha contratado a doña Natalia el 30/09/2.016, prestando servicios efectivos en fecha 1/10/2.016

QUINTO. - La demandante ha sido nuevamente contratada para prestar servicios mediante un contrato de interinidad a tiempo completo en fecha 22/12/2016, como auxiliar de enfermería, para sustituir a doña Sofía , con categoría profesional de auxiliar de enfermería durante la situación en la que la misma permanezca como liberada sindical.

SEXTO.- La parte actora no ostenta, ni ha ostentado en el año inmediatamente anterior la condición de Delegado de Personal, o representante de los trabajadores, ni consta afiliado a sindicato alguno.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de falta de acción en cuanto a la demanda de despido y en cuanto al fondo del asunto se estima la demanda de despido interpuesta por doña Asunción contra CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, debo declarar y declaro la improcedencia del mismo, condenando a CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, al abono de una indemnización por importe de 6.137,95 ?".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA, COMUNIDAD DE MADRID, 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 30.10.2017 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 38 de Madrid se dictó sentencia con fecha 17 de abril de 2017, Autos nº 1052/2016, que estimó la demanda sobre despido y reclamación de cantidad formulada por D^a Asunción frente a la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid. Declara la sentencia el cese de la actora despido improcedente con las consecuencias inherentes a tal declaración. Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de la Comunidad de Madrid y ello con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, habiendo sido impugnado el recurso por la representación letrada de la trabajadora.

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 habría infringido al art 17 de la LRJS y las Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26-12-2013 (RJ 2014, 1253) y la STS 18-7-2002 (1289/2001 (RJ 2002,9341) . Y ello al no haber estimado la excepción de falta de acción, pues la actora ha continuado prestando sus servicios para la demandada en virtud de un nuevo contrato de fecha 22-12- 2016.

La alegación que la actora carece de acción por despido debe de ser rechazada, la demandante que venía prestando sus servicios para la demandada con un contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante vinculado a oferta de empleo público es cesada con efectos 30-09-2016 por la cobertura de su puesto de trabajo(NUM001), frente a lo que acciona. Y es que la acción de despido, al margen de la denominación que se le otorga procesalmente, viene encaminada a valorar si la extinción del contrato de trabajo adoptada por el empresario es ajustada a derecho . La calificación de la extinción en cada uno de esos términos lleva aparejada unas consecuencias legales. En el presente supuesto se ha producido una clara voluntad extintiva de una relación laboral amparada en un contrato temporal vinculado a la oferta de empleo público , pues se ha producido su cese por la cobertura de su puesto de trabajo . El hecho que la actora continúe prestando sus servicios para la demandada, con otro contrato temporal , y percibiendo una retribución no quiere ello decir que no hubiera existido un cese efectivo de la actora, frente al cual se podrá acciona por entender que el mismo supone un despido, así STS 21-1-2013, Rcd 301/2012 . Por último indicar que la Jurisprudencia que cita como infringida no contempla un supuesto como el aquí enjuiciado.

Por todo lo cual este motivo del recurso debe de ser estimado.

TERCERO .- 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 habría infringido lo dispuesto en el art. 49.1 b) del Real Decreto Legislativo 2/2015 , de 23 de octubre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el 8.1) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, en relación con el art. 24 b) del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid y la SSTS de 16 de mayo de 2005 y 26 de enero de 2007 .

Así se argumenta por la parte recurrente, que no se ha producido un despido improcedente sino que se trata de una extinción del contrato de trabajo por causas legalmente consignadas en el art. 49.1 b) del ET y 8.1 c) del RD 2720/1998 .

La sentencia de instancia entiende que no se ha llevado a cabo la cobertura reglamentaria de la plaza en la medida que no se llevó a la incorporación de la adjudicataria de la plaza que venía ocupando la actora, D^a Irene , pues a esta se le había concedido la excedencia por incompatibilidad. Debemos de tener en cuenta que a la citada trabajadora se le concedió la excedencia por incompatibilidad con efectos 1-10-2016 y a la demandante se le ceso con efectos 30-9-2016.

El motivo del recurso debe de ser estimado y ello siguiendo el criterio mantenido por esta Sala de lo Social (Sec. 4º) Rec 411/2017, y la Sentencia de la Secc. 6º de fecha 26 de junio de 2017 Rec 464/17 criterio que compartimos y en la primera de ellas expresamente se dice : " lo que debería valorarse en este caso no es tanto si se ha amortizado la plaza -que no consta que se haya producido- sino qué sucede cuando el titular al que se le ha adjudicado la vacante, finalmente, pasa a otra situación, como aquí sucede en donde la titular ha pasado a excedencia voluntaria por incompatibilidad con efectos de 1 de octubre de 2016, sin que conste proceso de amortización alguna sino que, al contrario o incluso, se ha producido la contratación de otro interino.



Al respecto basta con remitirnos, una vez más, a la jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto. En ese sentido, se ha dicho que el paso del titular, al que se le ha adjudicado la plaza, a la situación de excedencia no da derecho al interino a seguir en el contrato temporal (STS de 16 de mayo de 2005, Recurso 2646/2004 , y 25 de enero de 2007, Recurso 3482/2005). Y ello porque, al no existir derecho de reserva del puesto de trabajo, la plaza del que ha tomado posesión y ha pasado a esa situación, vuelve a estar vacante y, por tanto, sometida a otros procesos o procedimientos de provisión de vacantes que normativamente estén establecidos. Y esa situación no deja de ser novedosa por mucho que sea de igual carácter que la que mantenía la parte actora ya que el proceso de selección al que se sujetó su contratación ya ha finalizado con la cobertura de la plaza y, por tanto, la interinidad ha concluido por disposición legal, sin perjuicio de que la Administración pueda volver a someter esa plaza a un proceso de selección nuevo, acudiendo mientras se desarrolla, a la cobertura por interinidad y sin que ello le obligue a tener que suscribirla con el mismo trabajador. Y lo mismo ha decidido la jurisprudencia en casos de sustitución en los que el sustituido pasa a situación de excedencia (STS de 2 de abril de 2002, Recurso 1031/2001).

La Sala no desconoce otros criterios anteriores de la jurisprudencia en los que ha entendido que constituye despido el cese del interino cuando el titular o el sustituido no se incorporan efectivamente por pasar a otras situaciones. Es el caso que las SSTs de 28 de mayo y 21 de septiembre de 1993 , 29 de enero y 18 de febrero de 1994 , 13 y 19 de mayo de 1997 , 15 de diciembre de 1997 , entre otras, en la que se declara no conforme a derecho el cese del interino, personal estatutario de la Seguridad Social, entonces competencia de esta jurisdicción, pero lo cierto es que esa doctrina es anterior a la normativa que estamos aplicando y referida a un personal específico con regulación particularizada, tal y como ya apuntaba la STS de 20 de enero de 1997, Recurso 967/1996)."

Por todo lo expuesto y en aplicación de tales criterios , no se habría producido despido alguno , sino una válida extinción del contrato de interinidad suscrito entre las partes y ello conforme lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET .

La siguiente cuestión que se plantea , sobre lo que es cierto no se ha pronunciado la sentencia de instancia, y ello por haber declarado que el cese de la actora debía calificarse como despido improcedente, es si la demandante tiene derecho a la indemnización que de forma subsidiaria y por fin de contrato reclamaba en su demanda, acción a la que no ha renunciado.

Teniendo en cuenta que de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida constan suficientes para podernos pronunciar sobre tal cuestión , en su caso la cuantificación de la indemnización y las partes se han pronunciado , por lo que no causaría indefensión, así lo haremos. En el bien entendido que el salario del cual partiremos para el cálculo es el declarado probado en la sentencia recurrida y la antigüedad también la declarada probada (HP 1º) esto es , 1547,17? / mes de salario y antigüedad 18-2-2013 .

Sobre la cuestión, si la actora tiene derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año de servicio, cuando como es el caso su cese ha sido ajustado a derecho. 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)."

Pues bien señalado lo anterior y teniendo en cuenta el salario de 1547,17€/mes y la antigüedad de la actora 18-2-2013 la indemnización a percibir a razón de 20 días de salario por año de servicio ascendería a 3.719,97€.

Por todo lo cual procede la estimación parcial de este motivo del recurso y revocar en tal pronunciamiento la sentencia recurrida en cuanto a la declaración del despido improcedente, al entender que el cese de la actora es ajustado a derecho. Y estimar la petición subsidiaria de la demanda condenado a la demandada a abonar a la actor por el concepto de fin de contrato la cantidad de 3.719,97€. Sin costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **estimamos parcialmente** el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la Comunidad de Madrid frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 38 de Madrid con fecha 17-4-2017 , Autos nº 1052/2017, en demanda de despido y reclamación de cantidad interpuesta por D^a Asunción , revocamos en parte el Fallo de la sentencia recurrida y declaramos que el cese de la actora impugnado es ajustado a derecho y estimamos la petición subsidiaria formulada por la actora en su demanda condenamos a la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid a abonar a la actora en concepto de indemnización por fin de contrato la cantidad de 3.719,97€. 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 2827-0000-00-0933-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez 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 2827-0000-00-0933-17.

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