



Roj: **STSJ M 10886/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:10886**

Id Cendoj: **28079340012017100897**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2017**

Nº de Recurso: **661/2017**

Nº de Resolución: **914/2017**

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 : 28.079.00.4-2016/0045943

Recurso número: 661/17

Sentencia número: 914/17

CE.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a VEINTE DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIESTE, 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

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 661/17, formalizado por el Sr/a. Letrado/a D. ANGEL LUIS PALMEIRO GIL en nombre y representación de DOÑA María Milagros contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 19 de MADRID , en sus autos número 1026/16, seguidos a instancia de la recurrente frente a la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID en reclamación de 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 probados:

1. La demandante, DOÑA María Milagros , ha prestado servicios por cuenta y bajo la dependencia de la CONSEJERÍA DE SANIDAD de la Comunidad de Madrid desde el 4 de julio de 2014, con la categoría profesional de Auxiliar de Hostelería y un salario de 1.325,09 euros al mes con prorrata de pagas extra (no debatido en cuanto a la antigüedad y la categoría profesional; el salario se desprende de la documental).
2. La demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores (no debatido).
3. La demandante y la empresa demandada suscribieron un contrato de trabajo de interinidad a jornada completa con el objeto de sustituir a la trabajadora doña Fidela durante un periodo de incapacidad temporal, en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 46 y siguientes).
4. Doña Fidela estaba contratada por medio de un contrato de interinidad de 3 de octubre de 2011 para ocupar de forma provisional la vacante nº NUM000 (folios 51 y 52).
5. La empresa demandada comunicó a doña Fidela la finalización de su contrato con efectos de 30 de septiembre de 2016, al producirse con fecha 1 de octubre de 2016 la cobertura definitiva de la vacante nº NUM000 . Doña Fidela cesó el 30 de septiembre de 2016 (folios 53 y siguientes).
6. La vacante nº NUM000 fue adjudicada a doña Ana de acuerdo con la resolución de 27 de julio de 2016 del Director General de Función Pública, por la que se adjudicaba destino al personal seleccionado correspondiente a la convocatoria de Oferta de Empleo Público para personal laboral aprobada por orden de 3 de abril de 2009. Doña Ana suscribió el 16 de agosto de 2016 un contrato de trabajo de duración indefinida para ocupar esa vacante desde el 1 de octubre de 2016. No obstante, el 16 de septiembre de 2016 se declaró a doña Ana en situación de suspensión de contrato por excedencia por incompatibilidad con efectos de 1 de octubre de 2016 (folios 57 y siguientes).
7. El 12 de agosto de 2016 la demandada comunicó a la demandante la finalización de su contrato de trabajo con efectos de 30 de septiembre de 2016. La comunicación entregada a la demandante obra al folio 50 y se da por reproducida.
8. El 26 de octubre de 2016 la demandante presentó reclamación administrativa previa, en relación a la cual no consta resolución expresa (folios 7 y siguientes).
9. El 31 de octubre de 2016 la demandante suscribió un contrato de trabajo con la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, de interinidad, para prestar servicios desde el 1 de noviembre de 2016 como Auxiliar de Hostelería en la vacante nº NUM001 vinculada a la cobertura del primer concurso de traslado que se convoque (folios 72 y 73).

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

"Que, desestimando la demanda interpuesta por DOÑA María Milagros contra la CONSEJERÍA DE SANIDAD de la Comunidad de Madrid, absuelvo a ésta de las pretensiones deducidas en su contra en este proceso."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 12 de junio de 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 4 de octubre de 2017, señalándose el día 18 de Octubre de 2017 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestima la pretensión actora sobre despido, se interpone Recurso que, en un primer motivo, al amparo procesal del art 193 c) L.R.J.S, se denuncia la vulneración del art



93 CE y de la jurisprudencia que cita, sosteniendo que no se ha producido la efectiva incorporación del titular a la plaza que desempeñaba la actora, planteamiento que no puede tener favorable acogida, porque el contrato suscrito por la actora lo era para sustituir a la trabajadora interina por vacante D^a Fidela durante un periodo de incapacidad temporal, que cesó el 30-09-2016 al producirse la cobertura definitiva de la plaza (ordinales 3º, 4º, 5º y 6º). No había suscrito la actora un contrato de interinidad por vacante, sino un contrato de sustitución de la interina durante su situación de incapacidad temporal, contrato que se extingue al cesar ésta conforme al art. 4.2 b) del R.D. 2710/1998 . En cualquier caso, la falta de una efectiva incorporación tampoco determinaría la improcedencia del despido (STS de 21-01-2013).

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal se denuncia la vulneración de los arts 51.1 , 52.c), 53. B) y 56 ET en relación al art. 70 EBEP , por entender que el despido es improcedente al haberse rebasado el plazo previsto en el art. 70 EBEP , censura jurídica que no puede tener favorable acogida conforme a la STS de 19-07.2016 al establecer: "la demora razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección solo 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 de personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicios a cuantos aspiran a participar en el procedimiento de selección". Tampoco puede confundirse la situación que se analiza con la amortización de la plaza, que obligaría a seguir el cauce del despido objetivo.

En cualquier caso, el planteamiento confunde la extinción del contrato temporal por sustitución de la trabajadora interina por vacante con la extinción del contrato de ésta, al que serían aplicables los razonamientos que anteceden, mientras que la extinción del contrato de la actora deriva de la aplicación del art. 49.1 c) ET , y art. 4.2 b) del R.D. 2720/1998 , y aún si se considera la relación como indefinida, ello no impediría vincularla al procedimiento de provisión correspondiente.

No obstante, procede reconocer el derecho a una indemnización de 20 días por año de servicio aunque no se hubiere solicitado en la demanda y tampoco se reitere en el recurso (aunque se interesó en el juicio), no solo porque al plantear la improcedencia del despido con la indemnización consiguiente ya solicita lo más, y por tanto, implícitamente lo menor, sino porque es una consecuencia necesaria de la extinción del contrato conforme a la STSJ de Madrid de 16-06-2017 nº 592/17 Recurso 350/2017 de esta misma Sección, en relación a la STJUE de 14-09-2016, asunto C-596/14, (caso Ana de **Diego Porras** vs Ministerio de Defensa) y STSJ de Madrid Sección 6º de 08-05-2017, Recurso 87/2017 y STS de 28-03-2017 Recurso nº 1664/2015 , toda vez que la situación de la actora es asimilable a la del trabajador indefinido no fijo porque, aunque el exceso del plazo previsto en el art. 70 del EBEP para la cobertura de la plaza no conlleva sin más la declaración de improcedencia del despido, hubo un claro abuso de la contratación temporal (ordinales 4º y 6º) al haberse tardado casi cinco años en cubrirse la plaza, y ello, aunque la actora no cubría directamente la interinidad por vacante porque aunque la causa de la extinción no es objetiva en el sentido estricto de la correspondiente a un despido objetivo, tampoco es personal en el sentido de vincularla a los actos personales del trabajador tal como se razona en la sentencia de esta misma sección Recurso nº 665/17 de esta misma fecha a cuyos argumentos nos remitimos

En consecuencia con arreglo a la antigüedad y salarios recogidos en el ordinal 1º le corresponde una indemnización de 1.920,2 euros (s.e.u.o)

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA María Milagros contra la sentencia num. 98/2017 del Juzgado de lo Social número 19 de MADRID, de fecha 3 de marzo de 2017 , en sus autos número 1026/16, seguidos a instancia de la recurrente frente a la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID en reclamación de DESPIDO y, REVOCÁNDOLA parcialmente condenamos a la COMUNIDAD DE MADRID CONSEJERÍA DE SANIDAD a abonar a la actora la cantidad de 1.960,2 euros por la extinción del contrato CONFIRMANDO la resolución recurrida en sus demás pronunciamientos. 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 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, 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 número 2826000000066117.

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, devuélvase 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.