



Roj: **STSJ M 12523/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12523**

Id Cendoj: **28079340012017101116**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2017**

Nº de Recurso: **792/2017**

Nº de Resolución: **1027/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

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 : 28.079.00.4-2016/0044246

Procedimiento Recurso de Suplicación 792/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Despidos / Ceses en general 1015/2016

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 792/17

Sentencia número: 1.027/17

CM

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilma. Sra. D^a ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a diecisiete de noviembre 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

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 792/17 formalizado por la Sra. Letrada de la Comunidad de Madrid en nombre y representación de la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 14



de MADRID , en sus autos número 1015/16, seguidos a instancia de D^a Francisca frente a la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, 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 D^a Francisca venía prestando servicios por cuenta de la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID desde el 11/10/2011 (último contrato) con tres trienios reconocidos, con la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería y devengando un salario 1650,87 euros mes con prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- La actora tenía suscrito un contrato de interinidad de 11/10/2011 para la cobertura de puesto de trabajo vacante de auxiliar de enfermería (puesto nº NUM000) vinculado a la Oferta de Empleo Público correspondiente al año 1999, hasta la conclusión de los procesos selectivos de la referida vacante, incluyéndose que la plaza quede desierta en aquel.

TERCERO.- Por Orden de 3/4/2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno (BOCAM 29/6/2009) se convocó un proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso da plazas de carácter laboral de la categoría profesional de auxiliar de enfermería correspondientes a las Ofertas Públicas de Empleo de los años 1998 a 2004.

CUARTO.- Por Resoluciones de 22, 27 y 29 de julio de 2016 de la Dirección General de la Función Pública se procede a la adjudicación de destinos correspondiente al proceso selectivo anterior y la plaza que ocupa la actora interinamente queda desierta al no haber sido adjudicada.

QUINTO.- El día 20/09/2016 se comunica a la actora que con efectos de día 30 de ese mes, se extinguía la relación laboral que le vincula con la demandada por cobertura de la plaza vacante, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas de su contrato.

SEXTO.- El día 1/11/2016 otra trabajadora ocupó la plaza NUM000 con contrato de interinidad.

SÉPTIMO.- Se presentó reclamación previa."

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

"ESTIMANDO la demanda de despido a instancia de DOÑA Francisca , frente a CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora producido el 30/09/2016. CONDENANDO a la demandada, a optar entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo o bien indemnizarle con la cantidad de 19.718,02 euros. En caso de readmisión, deberá abonarle los salarios de tramitación desde el despido hasta la notificación de la presente resolución.

Advirtiendo a la empresa que la opción deberá realizarse en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza, por escrito o por comparecencia ante el Juzgado. Y que de no optar en tiempo y forma se entenderá que procede la readmisión."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada, 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 11/07/2017, 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 02/11/2017 señalándose el día 15/11/2017 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.- Interpone recurso de suplicación la Comunidad de Madrid contra sentencia que estimó la demanda rectora de autos, dirigida por la trabajadora contra CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, declarando la improcedencia del despido acaecido el 30-9-16, condenando de sus consecuencias legales y económicas a la demandada, destinando el motivo inicial, con amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS , a denunciar infracción del art. 26.1 de la LRJS y doctrina jurisprudencial y judicial asociada que cita, sosteniendo, en esencia, se ha producido una acumulación indebida de acciones, dado que se solicitaba en demanda la declaración de improcedencia o, subsidiariamente, en aplicación de sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14-9-16, una indemnización de 20 días por año trabajado para evitar la discriminación entre trabajadores temporales y fijos, cuando tal acumulación de acciones solamente sería posible, en aplicación del precepto denunciado, de reclamarse por despido junto a una indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

SEGUNDO .- El motivo inicial viene abocado al fracaso, en primer lugar y en línea con la sentencia de esta misma Sección de Sala del TSJ de Madrid de 19 de mayo de 2017, nº 479/2017, rec. 223/2016 , abordando un supuesto similar, dado que la modalidad procesal elegida para sustanciar el conflicto (extinción por causas objetivas) es idónea si se repara que, a tenor del artículo 120 LRJS " *Los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes* ", habiendo interpretado el TS en su sentencia de 2-12-16, rec. 6585/12 , que el proceso ordinario es adecuado cuando la pretensión dirigida al cobro de la indemnización que deriva del acto extintivo se limita exclusivamente a la reclamación de una cantidad no discutida o que resulta de unos parámetros de cálculo sobre los que no existe discrepancia entre las partes; pero cuando en el supuesto controvertido, como aquí sucede, se pone en cuestión la propia existencia de la indemnización o los elementos básicos para la determinación de la misma o la propia naturaleza de la indemnización debida, el único procedimiento adecuado es el de despido.

Esto último es lo que acontece en el caso sometido a nuestra consideración en el que la actora considera se ha producido un cese indebido equivalente a un despido, sin que, además, se haya puesto a su disposición por la demandada ningún tipo de indemnización.

En segundo lugar, por cuanto esta excepción de acumulación indebida de acciones se opone por primera vez, como cuestión nueva, en el recurso de suplicación, sin que nada se dijera sobre este particular en el acto del juicio, y así lo ha comprobado esta Sala del DVD que contiene el acta del juicio, de ahí que no se haya dado la oportunidad a la Juez de instancia de resolver sobre la pretendida acumulación indebida de acciones. De la misma manera que una mala praxis profesional en el juicio verbal conllevará en la mayoría de los casos un fracaso de los posteriores recursos de suplicación y casación, dada su naturaleza extraordinaria, una mala gestión de las actuaciones pre-procesales incide negativamente en la actuación del profesional en Sala. Al respecto el art. 80.1.c) LRJS se cuida de precisar en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previas variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el art. 72.

Es un error que se desliza con una cierta frecuencia que los profesionales laboristas planteen por primera vez en el recurso de suplicación cuestiones que no fueron aducidas ni controvertidas en el juicio. Debiéndose recordar, como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, no se permite dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues, en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que, si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, siendo tal concepto de diseño jurisprudencial y se estableció para prohibir en sede de recurso extraordinario la introducción como objeto del proceso de aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que, pudiendo ser discutidas sólo a instancia de parte, no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida. Y ello con fundamento tanto en la naturaleza extraordinaria y revisora de dicho recurso que requiere, para evitar convertirlo en una segunda instancia, que las infracciones alegadas en él hayan de guardar armónica y debida conexión con las formuladas en demanda y contestación, como en las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, igualdad de las partes y derecho de defensa.



TERCERO .- El segundo motivo, con el mismo designio procesal que el precedente, denuncia infracción del art. 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) en relación con los artículos 7 y 83 del mismo texto legal y art. 2.3 del CC, sosteniendo, en síntesis, no es aplicable, como afirma la sentencia recurrida, el art. 70 del EBEP a la actora, y que incluso si a los efectos dialécticos se entendiera aplicable el plazo de los tres años para la ejecución de la oferta de empleo público, al no haber entrado en vigor el EBEP hasta mayo de 2007, a fecha 3-4-2009, en que se convoca por la Consejería de Presidencia proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a las plazas de la categoría de auxiliar de enfermería, no habrían transcurrido los 3 años.

El motivo es inocuo para la suerte del recurso, ya que lo relevante en el caso enjuiciado no es tanto si ha cumplido o no la demandada con el plazo de los tres años para la ejecución de la oferta de empleo público, cuanto si una vez resuelto el proceso selectivo en julio de 2016, quedando desierta la plaza ocupada interinamente por la actora, (puesto nº NUM000), podía la demandada extinguir sin más el contrato de trabajo de la demandante con efectos del 30-9-16, adjudicando el mismo puesto nº NUM000 a otra trabajadora que suscribe nuevo contrato de interinidad por vacante el 1-11-16, siendo que, según la cláusula primera del contrato suscrito por la actora a fecha 11-10-2011 (por lo tanto una vez ya vigente el EBEP) *"el trabajador contratado ocupará 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 auxiliar de enfermería vinculada a la oferta de empleo público adicional 1999"*.

En todo caso significar que sobre la interpretación del art. 70 del EBEP [*"la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años"*] cabrían dos interpretaciones:

A).- La de que el plazo de los tres años no es aplicable, pues este precepto se refiere a la incorporación de personal de nuevo ingreso y en el caso de la actora, al tratarse de un proceso de consolidación de empleo, resulta de aplicación la disposición transitoria cuarta de la normas de referencia (EBEP), que establece: *"1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005"*, tal como razona al STSJ Madrid, Sección Sexta, de 8 de mayo de 2017, nº 436/2017, rec. 87/2017.

B).- La de que resultaría aplicable al caso enjuiciado el plazo de los tres años del art. 70 del EBEP, (STSJ Madrid, Sección Quinta, de 24 de abril de 2017, nº 253/2017, rec. 109/2017) dado que el contrato de la actora está datado a 11-11-2011, vigente el EBEP, vinculado a la oferta de empleo público de 1999, no convocándose el proceso extraordinario de consolidación de empleo hasta la orden de 3-4-2009, y no produciéndose la adjudicación de destinos correspondientes al proceso selectivo hasta julio de 2016, adquiriendo la actora la condición de indefinida no fija por transcurso de los tres años sin cubrirse la plaza.

CUARTO .- El tercer motivo denuncia infracción del art. 49.1. b) ET y 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre que desarrolla el art. 15 ET, así como doctrina judicial asociada, sosteniendo que concurre justa causa de extinción el contrato de la actora, discrepando que estemos ante un despido improcedente, puesto que ha terminado el proceso de selección al que estaba vinculada la plaza y que quedó desierta.

A juicio de esta Sala la sentencia recurrida ha infringido en este punto la normativa denunciada, dado que según el hecho probado segundo el contrato de interinidad suscrito para cubrir una determinada plaza vacante lo era hasta la conclusión de los procesos selectivos de la referida vacante, incluyendo que la plaza quedara desierta, por lo que, habiéndose resuelto el proceso extraordinario de consolidación de empleo quedando desierta la plaza, se entiende que finalizó la causa del contrato como expresamente se señala en su clausurado, a lo que no obsta la remisión a los artículos 13.2 y 13.3 del Convenio Colectivo de Madrid, puesto que con dicho proceso extraordinario de consolidación de empleo se agotó el proceso selectivo, con lo que el supuesto enjuiciado no es coincidente en sus premisas fácticas con las pautas sentadas por STS de 21-1-2013, rec. 301/2012. En efecto, la cláusula primera del contrato suscrito por la demandante en octubre de 2011, señala que *"el trabajador contratado ocupará 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 auxiliar de enfermería vinculada a la oferta de empleo público adicional 1999"*. Y en la cláusula cuarta del contrato suscrito por la demandante se pacta la extinción del contrato por haber quedado vacante la plaza en el proceso selectivo.

QUINTO .- Ahora bien, el hecho de que contrato de interinidad por vacante haya quedado extinguido válidamente por cumplirse la condición pactada da derecho a percibir una indemnización de 20 días por tratarse de una causa ajena a la persona del trabajador, para lo cual ha de tenerse en cuenta la eficacia directa vertical de la Directiva 1999/70 y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre



de 2016, no quedando 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. Las circunstancias concurrentes en el nexo contractual que unió a las partes a lo largo de tan prolongado lapso temporal y, sobre todo, la naturaleza de la causa de la decisión extintiva combatida, de la que cabe resaltar su carácter ajeno a la persona de la trabajadora y, a su vez, asimilable a la concurrencia de una condición objetiva, hacen que le asista el derecho a lucrar una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Es en méritos de lo razonado que se impone estimar en parte el recurso y reconocer a la actora, en armonía con la petición subsidiaria de su demanda, una indemnización de 20 días por año, que cuantificamos, atendiendo a la fecha de inicio del contrato (11-10-2011) y salario que se fija en el hecho probado primero, siguiendo la aplicación informática suministrada por el Consejo General del Poder Judicial a los profesionales del Derecho, en **5.412,69 euros** , a tendiendo al siguiente desglose:

Fecha de inicio: 11/10/2011

Fecha de finalización: 30/09/2016

Número de días: 1817

Número de meses: 60

Salario bruto: mensual

Importe: 1650,87

Sueldo diario : 54,13

En las actuaciones no hay sustrato fáctico alguno del que poder deducir la indemnización de 19.718,02 euros fijada en la sentencia de instancia para el despido improcedente, que entiende la Sala se trata de un error material. En su consecuencia, se está al salario de 1.650,87 € y antigüedad de 11/10/2011.

Sin costas (art. 235 LRJS)

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de los de Madrid de fecha 6 de febrero de 2017 en sus autos nº 1015/16, en virtud de demanda deducida por Doña Francisca contra la recurrente, y con revocación de la resolución judicial de instancia condenamos a la Comunidad de Madrid a que abone a la demandante una indemnización de 5.412,69 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 los 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 0007 9217 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid, 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 0007 9217.

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 CENDOS