



Roj: **STSJ M 12672/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12672**

Id Cendoj: **28079340042017100699**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **16/11/2017**

Nº de Recurso: **569/2017**

Nº de Resolución: **708/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0057144

Procedimiento Recurso de Suplicación 569/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 28 de Madrid Despidos / Ceses en general 57/2017

Materia : Despido

MR

Sentencia número: 708/2017

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid, a 16 de noviembre de dos mil diecisiete.

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Cuarta de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por el/las Ilmo/as. Sr/as. citado/as, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 569/2017 formalizado por la letrada DOÑA MARÍA DOLORES MORENO LEIVA en nombre y representación de DOÑA Elvira , contra la sentencia número 154/2017 de fecha 16 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid , en sus autos número 57/2017, seguidos a instancia de la recurrente frente a la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD



DE MADRID, en reclamación por despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, 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 (condiciones laborales).- D^a. Elvira , parte actora en este procedimiento, ha venido prestando sus servicios ininterrumpidamente para la Administración demandada desde el 24-9-12, con la categoría de auxiliar de obras y servicios y un salario de 46'10 euros al día incluyendo la prorrata de las remuneraciones de vencimiento superior al mes.

El tiempo y forma del pago del salario, el lugar de trabajo, la modalidad y duración del contrato el trabajo, la jornada y las características particulares antes de producirse el despido, son los consignados en la demanda y se tienen por reproducidos por no haber sido objeto de oposición.

La parte actora no ostenta, ni ha ostentado en el último año, la condición de aforado como representante legal o delegado sindical. Tampoco consta afiliación sindical a la empresa.

En relación con la naturaleza temporal del contrato ambas partes coinciden en que se trata de un contrato de interinidad para cobertura de vacante vinculado a OPE en virtud del cual se asigna el puesto de trabajo nº 26.786.

SEGUNDO (forma).- Se impugna en la demanda la decisión extintiva comunicada el día 30-9-16 en la que se invoca como causa extintiva haberse procedido "a la adjudicación de los destinos correspondientes al proceso extraordinario de consolidación de empleo" en el está incluido el número de puesto 26.786.

TERCERO (causa).- Ha quedado acreditado que el puesto hasta ahora ocupado por la parte actora se ha cubierto mediante el indicado proceso. En concreto se ha producido contrato indefinido para cubrir la plaza por D^a. Serafina ."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" Que desestimo la pretensión de despido de D./D^a. Elvira contra Consejería de Educación, Juventud y Deporte, declaro que el contrato de trabajo interino se extinguió conforme a Derecho y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

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 Sala en fecha 27 de junio de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 16 de noviembre de 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 .- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la recurrente la modificación del último párrafo del hecho probado primero, en la siguiente forma:

"En relación con la naturaleza temporal del contrato ambas partes coinciden en que se trata de un contrato de interinidad para cobertura de vacante vinculado a OPE 1999, en virtud del cual se asigna el puesto de trabajo nº 26.786."

Remitiéndose a los documentos obrantes a los folios 23 y 47, de los que resulta que efectivamente estaba vinculado el contrato a la OPE 1999, admitiéndose la modificación.



SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la recurrente la vulneración de los artículos 70.1 y disposición transitoria del EBEP , 4.2 .) y 8 del Real Decreto 2720/1998 , 49 , 51 , 52 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores , así como de la jurisprudencia que cita, alegando que la plaza que cubría ha superado el plazo legalmente previsto para su cobertura de tres años y consecuentemente su contrató devino en indefinido no fijo y consecuentemente su cese por cobertura de la vacante ha de ser indemnizado con 20 días por año de servicios.

Por la empleadora se muestra la oposición a la tesis de la recurrente, conforme a la jurisprudencia que cita.

Esta cuestión ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en Sentencia de fecha 8 de mayo de 2017, Rec 87/2017, que se reitera en la de la sec. 2ª, de 20-9-2017, nº 867/2017, rec. 713/2017 y expresamente señala:

"El primer texto del EBEP fue aprobado por la Ley 7/2007, posteriormente derogado por Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en vigor desde 1 de enero de 2015. No obstante, hay que destacar el contenido coincidente del art. 70 y la disposición transitoria cuarta de ambas leyes que acabamos de mencionar, siendo su texto el siguiente:

Artículo 70.1 "Oferta de empleo público.

1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años".

Vemos en el precepto transcrito que lo que en él se regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público -en adelante "OPE"- u otro instrumento similar de gestión), dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. Por tanto, el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo como el seguido en este caso para la cobertura de la vacante de la actora.

Ese proceso especial viene regulado en la disposición transitoria cuarta de las normas de referencia."

En el supuesto enjuiciado tal y como se señala en el HP4º de la sentencia recurrida se declara que " Por Orden de 3 de abril de 2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, publicada en el BOCM de 29/0672009, se convocó proceso extraordinario de consolidación de empleo para la cobertura mediante sistema de concurso oposición, de 1.414 plazas de personal laboral de la categoría, entre otras, de Auxiliar de Enfermería, correspondientes a las ofertas de empleo público de la CAM para los años 1998-2004). Habiéndose seguido el proceso fijado en la Disposición Transitoria 11ª del Convenio Colectivo citado, sin que en el mismo ni en la Orden de convocatoria establezca que el plazo para su realización debe de ser en tres años. Siguiéndose por lo tanto el procedimiento previsto en el Convenio por el hecho que la actora hubiera prestado sus servicios más de tres años con un contrato de interinidad para cobertura de vacante vinculada a oferta de empleo público no por ello ha adquirido la condición de indefinida no fija. En este sentido debemos de tener en cuenta la STS de fecha 19 de julio de 2016 Rec. 2258/2014 citada por la parte recurrente, que si bien referida a un supuesto distintito, analiza la diferente normativa que ha venido regulando el contrato de interinidad, llegando a la conclusión que conforme a la norma actualmente aplicable, esto es el RD 2720/1998, el contrato de interinidad debe extinguirse cuando se extingue la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo. Sin que la prolongación del contrato de interinidad más allá del periodo máximo previsto en la normativa de Correos y Telégrafos, dé lugar a la conversión en indefinido del contrato de interinidad , al no estar dicha conversión legalmente prevista. Sentencia en la que expresamente señala: "No desconoce la Sala que la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual. Pero, aparte de que el carácter temporal del vínculo no resulta modificado por la «falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada» (STS 20/03/96 -rcud 2564/95 -), «la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo 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 del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección» (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97 -rcud 3660/96 -; y 09/06/97 -rcud 4196/96 -). Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06 -rec. 2335/05 -; y 29/06/07 -rcud 3444/05 -).».



Por todo lo cual la pretensión de que se declare a la actora como indefinida no fija debe de ser desestimada.

No obstante lo anterior, lo cierto es que nos encontramos ante un supuesto de la finalización del contrato de interinidad por cobertura de la vacante, cuyos efectos son idénticos a los que corresponderían de haberse reconocido a la recurrente la condición de indefinida no fija, de acuerdo con la doctrina de esta Sala de lo Social, recogida en numerosas sentencias, por todas en la sentencia de 8 de mayo de 2017 Rec 87/2017, criterio que por seguridad jurídica seguiremos y en cuyo FJ 15º expresamente señala lo siguiente

*"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)."

Así pues, la actora tiene derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, estimándose el recurso en cuanto a su petición indemnizatoria, por lo que siendo su antigüedad de 24 de septiembre de 2012 (4 años y un mes= 83,7 días) y su salario de 46,10 euros diarios, en total 3.858,57 euros.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos en parte el Recurso de Suplicación número 569/2017 formalizado por la letrada DOÑA MARÍA DOLORES MORENO LEIVA en nombre y representación de DOÑA Elvira, contra la sentencia número 154/2017 de fecha 16 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Social número 28 de los de Madrid, en sus autos número 57/2017, seguidos a instancia de la recurrente frente a la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación por despido, revocamos la resolución impugnada y estimando parcialmente la demanda confirmamos la procedencia del cese, declaramos el derecho de la actora a ser indemnizada por el mismo en la cantidad de TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO EUROS CON CINCUENTA Y SIETE CÉNTIMOS (3.858,57 euros) y condenamos a la demandada a abonarle dicha indemnización.



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 Público 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 2829-0000-00-0569-17 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 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 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 (2829000000- 056917) , 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).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

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.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA SRA. D^a MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Con el máximo respeto a la resolución mayoritaria, siguiendo el criterio que, esta Sección cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, ha venido manteniendo frente al problema concreto de la indemnización, reproduzco en este Voto Particular, el sentido del mismo.

Mantenemos fundamentalmente que siendo un cese ajustado a derecho la demandante no tendría derecho a percibir indemnización alguna.- Llegados a este punto, resulta que, si la extinción del contrato de trabajo de la parte actora es ajustada a derecho, queda por solventar si esa extinción debe ser indemnizada o no y si lo debe ser con los 20 días por año de servicio que la parte actora reclamaba en demanda con base en la doctrina del TJUE que recientemente se ha pronunciado en el conocido caso **Diego Porras**.

Pues bien, dado que esa doctrina que se invoca como título que ampara la reclamación subsidiaria que se formulaba por la parte demandante en su demanda lo era para trabajadores que habían adquirido la condición de indefinidos no fijos, en principio no es posible trasladarla al que nos ocupa, en donde se ostenta la condición de trabajador interino cuya relación laboral se ha extinguido conforme a las causas legalmente establecida.

En todo caso, esa doctrina parte de un trato discriminatorio en relación con los trabajadores fijos y respecto de los trabajadores temporales que no tengan reconocida indemnización por fin de contrato por causas objetivas que es la que tiene establecida nuestra legislación en el art. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores pero que, realmente, no hace exclusión de los temporales que, por cierto, tienen establecida en el art. 49.1 c) del ET la indemnización que introdujo la reforma de 2001 aunque en esa regulación se ha excluido a los contratos de interinidad. Tampoco estaríamos en el caso que se ha resuelto por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de marzo de 2017 y otras posteriores, referidas todas ellas a trabajadores indefinidos no fijos,



en los que se otorga por analogía una indemnización de 20 días en atención al carácter fraudulento de su contratación que llevó a ser calificados como trabajadores indefinidos no fijos, nada de lo cual se presenta en este caso.

Finalmente, aunque la indemnización del art. 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores tampoco se reclama en estas actuaciones, partiendo de que la extinción del contrato de interinidad es procedente, no podemos anudar a esa declaración ningún efecto indemnizatorio por cuanto que el contrato de interinidad no está bajo la cobertura de aquel precepto, tal y como hemos resuelto, en otros recursos, en los que se deja sin efecto la indemnización de 12 días (STSJ de Madrid Recurso 431/2017) que doy aquí por reproducido".

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia con su voto particular por la Ilma. Sra. Magistrado que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe. En Madrid, a

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ