



Roj: **STSJ M 1336/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:1336**

Id Cendoj: **28079340042018100077**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **812/2017**

Nº de Resolución: **79/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PRIETO FERNANDEZ**

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

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0046396

Procedimiento Recurso de Suplicación 812/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid 1031/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 79/2018

Ilmos. Sres

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. MANUEL RUIZ PONTONES

En Madrid, a uno de febrero de dos mil dieciocho, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación 812/2017, formalizado por la Letrada de la COMUNIDAD DE MADRID (Servicio Madrileño de la Salud -SERMAS-), contra la sentencia de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete, dictada por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid , en sus autos número 1031/2016, seguidos a instancia de D^a María Angeles frente a la parte recurrente, sobre Despido-Cantidad, ha sido Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ.

**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 demandante Dña María Angeles , ha prestado servicios por cuenta y dependencia del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD de la CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en el Hospital Virgen de la Poveda, con la categoría profesional de auxiliar de enfermería, y percibiendo un salario bruto mensual de 1.604,08 euros incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (folios 88 a 97)

SEGUNDO.-La demandante en fecha 10-12-2011 suscribió un contrato de interinidad para sustitución de trabajadores en periodo de vacaciones de navidad 2011, concretamente para sustituir a Dña Angustia , Dña Custodia y Dña Esperanza , contrato que se prolongó hasta el 31-12-2011 (folio 82, 83, 101)

La demandante en fecha 20-12-2011 suscribió contrato de interinidad a tiempo completo para cobertura de vacante vinculada a la oferta de empleo público de la Comunidad de Madrid, iniciándose la vigencia del contrato el 1 de enero de 2012, siendo el objeto del contrato la ocupación de la vacante nº NUM000 de la categoría profesional de auxiliar de enfermería, vinculada a la oferta de empleo público del año 2000 (folios 80, 81)

Consta en autos certificado de servicios que se da íntegramente por reproducido (folio 99)

TERCERO.- Mediante 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 d la categoría profesional de auxiliar de enfermería (grupo IV, nivel 3, área D), 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 13 de marzo de 2009 (folio 106)

CUARTO.- Por Resolución de 29 de julio de 2016 de la Dirección General de la Función Pública, se procedió a la adjudicación de destinos correspondientes 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 1 de octubre de 2016 (folio 112)

QUINTO.- El puesto de trabajo nº NUM000 fue adjudicado a Dña Mónica para prestar servicios en el Hospital Virgen de la Poveda (folio 114)

Dña Mónica has estado en situación de incapacidad temporal por enfermedad común desde el 21-09-2015, siendo dada de alta médica el 16-02-2017(folios 135, 136)

Dña Mónica suscribió contrato de trabajo indefinido a tiempo completo en fecha 16 de febrero de 2017, para ocupar el puesto de trabajo nº NUM000 en el turno de tarde, con destino en el Hospital Virgen de la Poveda (folios 133, 134)

SEXTO.-El 10 de agosto de 2016 la Dirección de Recursos Humanos del Hospital Virgen de la Poveda comunicó por escrito a la demandante que el día 30-09-2016 finalizaba su contrato de trabajo, de acuerdo con la condición resolutoria pactada en el contrato (folio 118)

SEPTIMO.- La demandante el 29 de septiembre de 2016 fue nombrada, por el Director Gerente del Hospital Virgen de la Poveda, personal estatutario de carácter eventual con la categoría de auxiliar de enfermería unidad hospitalaria, quirófanos, urgencias UCI, siendo la duración del nombramiento desde el 01-10-2016 hasta el 31-12-2016 (folio 138)

La demandante el 20 de diciembre de 2016 fue nombrada, por el Director Gerente del Hospital Virgen de la Poveda, personal estatutario de carácter eventual con la categoría de auxiliar de enfermería unidad hospitalaria, quirófanos, urgencias UCI, siendo la duración del nombramiento desde el 01-01-2017 hasta el 31-12-2017 (folio 139)

OCTAVO.- Se ha presentado reclamación previa el 24-11-2016

La demanda ha sido interpuesta el 28-10-2016."



TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *"Desestimo las excepciones de falta de acción y acumulación indebida de acciones alegadas por la parte demandada.*

Estimo parcialmente la demanda interpuesta por D^a María Angeles contra el SERVICIO MADRILEÑO DE LA SALUD de la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID, y declaro ajustado a derecho el cese efectuado el 30-09-2016, condenando a la Administración demandada a abonar a la actora una indemnización por fin de contrato por importe de 5.168,94 euros."

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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 02/10/2017, 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 día para los actos de votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid se dictó sentencia con fecha 8 de junio de dos mil diecisiete, Autos nº 1031/2016, en demanda formulada por D^a María Angeles frente al Servicio Madrileño de Salud - Consejería de Salud de la Comunidad de Madrid-, sobre despido y reclamación de cantidad. La sentencia estima la pensión de declaración de despido como improcedente, declara la naturaleza de la relación laboral de la actora como indefinida no fija desde 2011 y una indemnización de 5.168,94 euros.

Son hechos relevantes no contradichos y de los que parte la Resolución de instancia los siguientes: Doña María Angeles ocupó provisionalmente la plaza NUM000 de auxiliar de enfermería como interina desde el 1 de enero de 2012, hasta la conclusión de los procesos selectivos a los que se refiere el hecho tercero y quinto. Mediante Resolución de 29 julio de 2016 se adjudica dicha plaza en proceso extraordinario de consolidación a doña Mónica y se comunica el cese a la actora para el día 30 de septiembre de 2016, que suscribe nuevo contrato de personal estatutario eventual el 29 de septiembre de 2016 con nuevo nombramiento hasta 31 de diciembre de 2017.

SEGUNDO.- La letrada de la Comunidad de Madrid, al amparo procesal del apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social formula un primer motivo de recurso de Suplicación por vulneración del art. 49. 1b) del ET y los artículos 52 c) y 51.1 y 53. 4 del ET. Impugnado de contrario.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado y teniendo en cuenta los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, que no han sido impugnados y en consecuencia han devenido firmes, concluimos que la afirmación que se realiza en la instancia de que su relación laboral debe de ser calificada como indefinida no fija no se comparte y ello, siguiendo el criterio de esta misma Sala de lo Social en reciente Sentencia de fecha 8 de mayo de 2017, Rec 87/2017 en cuyo RJ 4º, donde expresamente señalamos: ".- 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 caso examinado se ha seguido el procedimiento previsto y el hecho de 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 que si bien referida a un supuesto distintivo, 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 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 -).».

En segundo lugar, se ha declarado en la instancia el cese de la actora como despido improcedente con lo que el motivo debe ser estimado y ello siguiendo el criterio de esta Sala en reciente sentencia de fecha 16/05/2017 Rec 1007/2016, en el que expresamente se señalaba : " La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha dictado varias resoluciones en litigios derivados de esa clase de procesos de provisión de puestos de trabajo de personal laboral de las Administraciones públicas, según veremos en las sentencias que citaremos más adelante en los fundamentos octavo y noveno. Por su parte la Sala Tercera ha ratificado en varias ocasiones la competencia de la Comunidad de Madrid para celebrar convocatorias singulares de provisión de personal -funcionario y laboral-, conforme a las facultades de su Ley autonómica 1/86 (sentencias de 11 de febrero de 2009 -rec. 1299/05 - y 25 de febrero de 2009 -rec. 2372/05 -). Sentado el presupuesto relativo al sistema de provisión seguido para cubrir la vacante ocupada interinamente por la actora, pasamos a razonar por qué entendemos que no cabe aplicar las normas de despido colectivo en el ámbito de las Administraciones públicas ni la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014 citada en el escrito de suplicación.

(...) Dicha sentencia del Tribunal Supremo (RCUD 217/13), de Sala General, se refiere al supuesto de fin de contrato de interinidad por amortización de la plaza ocupada por el contratado interino. Los términos en que se expresa dicha resolución son inequívocos: "*La demandada no ha controvertido que nos encontremos ante un despido colectivo, que afecta a un importante número de trabajadores. Su oposición a la aplicación del procedimiento previo del despido colectivo que regula el art. 51 del E.T. en relación con la Adicional Vigésima del mismo y con el art. 35 del R.D. 1483/2012, la ha fundado en que la extinción de los contratos se ha basado en la aprobación de una nueva R.P.T. que ha conllevado la amortización de los puestos de trabajo de los trabajadores afectados que han visto extinguidos sus contratos no por causa de un despido colectivo, sino por la amortización del puesto de trabajo que ocupaban en virtud de un contrato de interinidad por vacante, contrato que se extingue al ser cubierto el puesto de trabajo que es objeto del mismo, y, también, cuando se amortiza ese puesto porque de ese hecho deriva, igualmente, la extinción de un contrato de interinidad que ha perdido su objeto*".

Por el contrario, en el caso presente no ha existido amortización alguna de la plaza ocupada por la actora, sino todo lo contrario; dicha plaza se mantiene con su correspondiente dotación presupuestaria y por eso precisamente se ha procedido a designar al titular que debe ocuparla."

Así mismo debemos de recordar La Sala de lo Social del TS en sentencias de fecha 19 de mayo de 2015 REc 2552/2014 y de fecha 18-5-2015 Rec 2135/2015 plantean si es ajustado a derecho la extinción de un contrato de interinidad respecto de una plaza vacante en la Administración (SERMAS), vinculada a oferta de Empleo Público, promoción profesional específica, fruto del cual se produjo la incorporación de quien superó el proceso en la plaza que ocupaba la actora. La Sala tras recordar la jurisprudencia sobre que el contrato de interinidad para cubrir una plaza pendiente de cobertura reglamentaria dura todo el tiempo que dure el proceso de cobertura de la plaza, produciéndose la extinción, salvo que la plaza se amortice, sólo con la cobertura real de la vacante.



Por otro lado, y siguiendo criterio de esta Sala, atendiendo a los hechos, tal y como se ha indicado, no nos encontramos ante un despido improcedente sino ante un cese procedente, pero hemos de tener en cuenta que la relación laboral se ha mantenido reiniciándose sin solución de continuidad al suscribir la actora un nuevo contrato con la demandada para prestar servicios con la misma categoría, " por lo que ningún perjuicio se ha ocasionado a la actora al no haber perdido su trabajo, no habiendo motivo alguno para que sea indemnizada, tal y como viene señalando esta Sala en reiteradas sentencias y tampoco lo habría, en el supuesto de que se hubiera confirmado la improcedencia del despido, porque con la suscripción de un nuevo contrato a los pocos días del cese, es evidente que las partes hubieran despreciado la opción por la indemnización, procediendo de facto la demandante a la readmisión aceptada por la trabajadora, por lo que la opción estaría ya ejercitada, desestimándose el recurso" (Sentencia del TSJ de Madrid nº 788/2017 recaída en R de Suplicación 641/2017).

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la COMUNIDAD DE MADRID (Servicio Madrileño de Salud -SERMAS-) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 40 de Madrid, de fecha ocho de junio de dos mil diecisiete, en virtud de demanda formulada por D^a María Angeles frente a la parte recurrente, sobre Despido-Cantidad, revocamos el fallo recurrido con absolucón de la demandada de todas las pretensiones deducidas en la demanda. 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 2829-0000-00-0812-17 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 (2829000000081217), 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.