



Roj: **STSJ M 7193/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:7193**

Id Cendoj: **28079340012017100572**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2017**

Nº de Recurso: **350/2017**

Nº de Resolución: **592/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 7193/2017,**
STS 2550/2019

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 : 28.079.00.4-2016/0045829

Procedimiento Recurso de Suplicación 350/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid Despidos / Ceses en general 1048/2016

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 350/2017

Sentencia número: 592/2017

Ilmos/as. Sres/as.

D./Dña. JAVIER JOSE PARIS MARIN

D./Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

D./Dña. IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a 16 de Junio de 2017, 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/as Ilmos/as. Sres/as 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

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 350/2017 formalizado por el Sr. Letrado D. GONZALO DE FEDERICO FERNANDEZ en nombre y representación de Dña. Piedad , contra la sentencia nº 38/2017 de fecha 03/02/2017, dictada por el Juzgado de lo Social número 14 de MADRID , en sus autos número 1048/2016, seguidos a instancia de la recurrente frente a la CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA de la COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación sobre DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZALEZ 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 DOÑA Piedad , venía prestando servicios por cuenta de la CONSEJERÍA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID desde el 18/2/2002, con la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería y devengando un salario 1823,11 euros mes con prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- La actora tenía suscrito un contrato de interinidad para la cobertura de puesto de trabajo vacante de auxiliar de enfermería (puesto NUM000 vinculado a la Oferta de Empleo Público adicional correspondiente al año 2003, hasta cobertura reglamentaria de la plaza.

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 Pública 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 se adjudica la plaza que ocupa la actora interinamente a un trabajadora, que suscribe el contrato de trabajo indefinido el 30/9/2016.

QUINTO.- El día 19/9/2016 se comunica a la actora que con efectos de 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.- La actora no ostenta ni ha ostentado cargo de representante de los trabajadores en la empresa.

SÉPTIMO.- Se presentó reclamación previa el 29/9/2016. Habiéndose presentado demanda el mismo día.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: *"DESESTIMANDO la demanda de despido a instancia de DOÑA Piedad frente a CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones en su contra deducidas por la parte actora. Declarando al acumulación indebida de acciones respecto a de pretensión acumulada de indemnización de 20 días por año en base a la sentencia del TJUE"*.

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 30/03/2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 31/05/2017 señalándose el día 14/06/2017 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 actora contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, tendente a la declaración de improcedencia de su despido, o subsidiariamente de 20 días por año de servicio para no ser discriminada respecto del personal indefinido fijo.

SEGUNDO .- Según la sentencia de instancia la actora, que presta servicios para la Comunidad de Madrid desde el 18-2-2002, suscribió con ésta un contrato de interinidad para la cobertura de un puesto de trabajo vacante con la categoría de auxiliar de enfermería (puesto nº NUM000 vinculado a la oferta de empleo público adicional correspondiente al año 2003), hasta la cobertura reglamentaria de la plaza. Convocado por Orden de 3-4-2009 el correspondiente proceso extraordinario de consolidación de empleo la plaza ocupada interinamente por la actora se adjudicó a otra trabajadora que suscribe contrato de trabajo indefinido el 30-9-16, quedando extinguida con esta fecha la relación laboral de la demandante.

TERCERO .- Entiende la Juez de instancia, en resumen, que ha existido un comportamiento abusivo o fraudulento en la utilización de la contratación de interinidad por vacante en el caso de la actora en relación con el artículo 70.1 EBEP , dada la demora en convocarse el proceso extraordinario de consolidación correspondiente a las ofertas públicas de empleo de los años 1998 a 2004 y el retraso en resolverse (6 años), por lo que la actora adquirió la condición de indefinida no fija, eso sí, al no tratarse de un supuesto de amortización de la plaza sino de cobertura por los procedimientos reglamentarios establecidos, considera no era necesario que la demandada acudiese a los trámites del despido objetivo preavisando y poniendo a disposición la indemnización de 20 días por año (STS 24-6-201) por lo que no cabe calificar de improcedente la extinción de su vínculo contractual, y en cuanto a la indemnización solicitada subsidiariamente por la actora de 20 días por año, en aplicación de la STJUE de 14 septiembre 2016 (c-596/14), caso ANA DE **DIEGO PORRAS** VS MINISTERIO DE DEFENSA y posterior sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 5-10-16 , considera la Juez de instancia que el proceso de despido no es el adecuado, produciéndose una acumulación indebida de acciones, ya que ni se trata del caso de reclamar una indemnización por vulneración de derechos fundamentales ni de un despido objetivo propiamente dicho, de ahí que remita a la demandante a la modalidad procesal ordinaria.

CUARTO .- Discrepando de la interpretación efectuada por la Juez de instancia, aunque aceptando los hechos declarados probados, la demandante, en el exclusivo motivo que despliega, con correcto amparo en el apartado c) del art. 193 LRJS , denuncia, por una parte, infracción de los artículos 51.1 , 52.c) 53.b) y 56 ET y STS 24-6-2014, (rcud. 217/2013) , así como del art. 70.1 EBEP , STJUE de 14 septiembre 2016 (c-596/14), caso Ana de **Diego Porras** vs Ministerio de Defensa y posterior sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 5-10-16 y Sala de lo contencioso de este mismo tribunal de 11-11-15 , sosteniendo, en esencia, tiene la condición de indefinida no fija habida cuenta inicia su relación laboral el 18-2-2002 con contrato de interina por vacante que finaliza el 30-9-16, superándose con creces los 3 años del art. 70.1 EBEP , por lo que su cese equivale a un despido, debiendo la demandada haber acudido a los trámites del despido objetivo, y de otra del artículo 123 LRJS y jurisprudencia que lo interpreta por entender, con carácter subsidiario, le corresponde una indemnización de 20 días por año sin ser necesario acudir a la modalidad procesal ordinaria.

QUINTO .- En el caso presente, a los efectos dialécticos, cabría sostener dos posiciones:

A).- Que no es aplicable el plazo de tres años del art. 70 EBEP , [*"la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años"*] como sostiene la demandada en su escrito de impugnación al recurso, en línea con la STSJ Madrid, Sección Sexta de 8-5-17, rec. 87/2017 , 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 ". Además el EBEP entró en vigor en mayo de 2007, por lo que no puede pretenderse que un mandato legal que por primera vez establece como exigible en la fecha que acabamos de indicar un plazo de ejecución de tres años para determinada actividad se aplique a un contrato que se suscribió el 18-2-2002. Si bien, por aplicación de la Directiva 1999/70/CE, que goza 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 ("Comunidad de Madrid") que actúa como prestador de un servicio público y un particular, y de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-596/14 , **Diego Porras**), y aunque concurre una justa causa de extinción del contrato, procedería reconocer su derecho a percibir indemnización equivalente a 20 días de salario por año trabajado.



B).-Que es aplicable el plazo de los tres años del artículo 70 EBEP , en línea con la STSJ Madrid, Sección Quinta de 24 de abril de 2017, rec. 109/2017 , pero adquiriendo la condición de indefinida no fija por transcurso de los tres años sin cubrirse la plaza por titular, aunque ello no impide que la vacante que ocupa no pueda cubrirse por el procedimiento legal. Siendo la conclusión la de entender que el contrato de la demandante fue extinguido de manera eficaz, pero teniendo derecho a una indemnización de 20 días por año, como se sigue del criterio de la STS 28 de marzo de 2017, rec. nº 1664/2015 , según la que, y en lo que aquí interesa:

"(...) un examen más profundo de la cuestión, nos obliga a replantearnos la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en estos casos y a fijar un nuevo criterio cuantitativo con base en las siguientes razones:

Primera. Porque la figura del indefinido no fijo, aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la Ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y sólo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal.

Segunda. Porque el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15, números 3 y 5, del ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 103 de la Constitución y 9-2, 11-2, 55, 70 y demás concordantes del Estatuto Básico del Empleado Público), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Tercera. Porque, cual se deriva de lo señalado, la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cual debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49-1-c) del ET , pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo.

Cuarta. Tal como hemos señalado, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido no fijo, que el EBEP se ha limitado a reconocer sin establecer la pertinente regulación de sus elementos esenciales -en este caso, el régimen extintivo- obliga a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato" .

Cualquiera que sea la posición que finalmente se adopte la conclusión que se alcanza es que la actora tiene derecho a una indemnización de 20 días por año.

En lo que no tiene razón la demandante es en que debió la demandada haber acudido a los trámites del despido objetivo, calificándose su extinción de improcedente, puesto que ello queda circunscrito al supuesto específico de amortización de la plaza en relación con el cese del personal indefinido no fijo de la Administración, no al caso de que la plaza haya sido cubierta por un titular tras la superación del proceso selectivo correspondiente. Así lo señala la STS, 4ª, Pleno de 24 junio 2014 (rcud. 217/2013), superando anteriores criterios jurisprudenciales contenidos en la STS/4ª de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012) y las anteriores que en ella se citan, afirmando que, tras la entrada en vigor de la Disp. Ad. 20ª ET, había que entender que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 ET , de manera que no resultaba ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa.



SEXTO. - Conforme se infiere de la STS de 2-12-16, rec. 6585/12 , 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 ponen 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 se extingue el contrato de la actora entendiendo la parte demandada que no procede ninguna clase de indemnización tras ser ocupada la concreta plaza que cubría en interinidad por vacante la actora por la titular tras el correspondiente proceso selectivo. Resulta así adecuada la modalidad procesal de despido (extinción por causas objetivas) sin necesidad de que se reconduzca la acción de reclamación de la indemnización de 20 días por año de servicio a través de la modalidad procesal ordinaria.

SEPTIMO.- En suma, se impone estimar en parte el recurso reconociendo el derecho de la actora a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio, lo que hacen 17.581,75 euros (salario diario de 59,937 X 293,333 días, fracción de mes equivale a fracción completa).

Sin costas (art. 235 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por Doña Piedad contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de los de Madrid en 3 de febrero de 2017 , en sus autos núm. 1048/2016, en virtud de demanda deducida por la recurrente contra CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, y con revocación de la resolución judicial de instancia declaramos el derecho de Doña Piedad a percibir una indemnización de 17.581,75 euros, condenando a CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID a su abono.

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 2826-0000-00-0350-17 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 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: 2826-0000-00-0350-17.

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 adquiriera 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 CENDOJ