



Roj: **STSJ M 8763/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:8763**

Id Cendoj: **28079340062018100708**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **79/2018**

Nº de Resolución: **720/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG : 28.079.00.4-2017/0017507

ROLLO Nº: RSU 79/2018

TIPO DE PROCEDIMIENTO: RECURSO SUPPLICACIÓN

MATERIA: MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES

Jzdo. Origen: **JDO. DE LO SOCIAL N. de 35 MADRID**

Autos de Origen: **405/17**

RECURRENTE: D^a. Rosalia

RECURRIDO: AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 720

En el recurso de suplicación nº **79/2018** interpuesto por el Letrado, **D. ÁNGEL LUIS PALMEIRO GIL** en nombre y representación de **D^a. Rosalia** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **35** de los de MADRID, de fecha **VEINTITRÉS DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE** ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA**.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 405/17 del Juzgado de lo Social nº 35 de los de Madrid, se presentó demanda por D^a. Rosalia contra **AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID** en reclamación de **MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **VEINTITRÉS DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECISIETE** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando como desestimo la demanda de cantidad formulada por D^a Rosalia contra AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, debo absolver y absuelvo a la demandada del petitum de la misma".

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Que la actora D^a Rosalia ostentaba en la entidad demandada Agencia Madrileña de Atención Social, una antigüedad en la empresa desde el 3.06.2009 y categoría profesional de Auxiliar de Enfermería y percibía un salario mensual de 1.754,29 € brutos con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias. Ha venido prestando sus servicios profesionales en la RPM El Carmen dependiente de la Administración a la que se reclama.

SEGUNDO.- La actora estaba afecta a un contrato de interinidad, plaza vacante nº NUM000 y sujeto a la Oferta Pública de Empleo año 2000.

TERCERO.- Que las partes están afectas al Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

CUARTO.- Que por Resolución de la Dirección General de Función Pública de fecha 27.07.2016 (BOCM 29.07.2016), se adjudican destinos como consecuencia del proceso selectivo extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Auxiliar de Enfermería (Grupo V, Nivel 1, Área C), convocado por la Orden de 3.04.2009, de la entonces Consejería de Justicia y Administraciones Públicas.

QUINTO.- Que con fecha 13.09.2016 se le comunica la finalización del contrato de trabajo con fecha de efectos del 30.09.2016.

SEXTO.- En dicha convocatoria la plaza ocupada por la actora fue asignada a D^a Berta que suscribió contrato indefinido el 30.09.2016 y efectos 1.10.2016.

SÉPTIMO.- Asimismo la atora superó la citada convocatoria siendo asignada a la plaza NUM001 y suscribiendo al efecto contrato indefinido como Auxiliar de Enfermería el 30.09.2016 y efectos 1.10.2016. Centro de trabajo residencia Vallecas.

OCTAVO.- Que entendiendo tras su cese en el contrato de interinidad tener derecho a una indemnización de 20 días/año, formula demanda previa reclamación administrativa".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día 18 de julio de 2.018.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora contra la sentencia de instancia, que ha desestimado la demanda de cantidad formulada por la actora, en la que solicitaba la condena a la entidad demandada al abono de una indemnización de 8.618,73 €, por la extinción en fecha 30-9-16 de su contrato de interinidad por vacante, por cobertura de su plaza mediante proceso de consolidación de empleo convocado por Orden de 3 de abril de 2009 de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid.

El recurso, que ha sido impugnado por la Comunidad de Madrid, consta de un solo motivo en el que, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS, se alega la infracción del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 24-6-14 sobre el reconocimiento de la indemnización del citado artículo a los trabajadores con relación laboral indefinida no fija, y de 28-3-17, que cambió el criterio de la cuantía indemnizatoria en el mismo supuesto, pasando a entender que debía reconocerse un importe de 20 días de salario por año de prestación de servicios. Asimismo alega un uso abusivo de la contratación temporal por parte de la entidad demandada, al haberse excedido el plazo de tres años establecido por el art. 70 del EBEP.

Sin embargo, la pretensión de la parte actora en la instancia solamente se basó en la aplicación de la doctrina sentada en la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, De Diego **Porrás**), de lo cual ya nada se dice en el recurso; y en la del TS de 28-3-17 rec. 1664/15, que se consideraba en consonancia con la anterior (aunque no es así en realidad). Pero no se cuestionó que el contrato de interinidad por vacante suscrito por las



partes fuera irregular o fraudulento, ni se suscitó el exceso del plazo de tres años del art. 70 del EBEP, como se desprende de la demanda y de la sentencia de instancia, ya que si el juzgador hubiera omitido el examen de tales cuestiones, necesariamente la recurrente habría alegado en este recurso la incongruencia omisiva de la resolución de instancia.

Como es sabido, el origen de la figura del personal indefinido no fijo se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de la Administración. Pues bien, si el Tribunal Supremo resalta la singularidad del contrato indefinido no fijo, con base en que tiene su origen en las irregularidades habidas en la contratación temporal utilizada fraudulentamente por la Administración, y con estos fundamentos les reconoce en la sentencia de 28-3-17 rec. 1664/15 una indemnización equivalente a la del despido por causas objetivas, no encontramos por el momento base alguna para atribuir el mismo tratamiento jurisprudencial a la extinción de un contrato temporal válido y sin irregularidad alguna, como es el del actual proceso, en este caso de interinidad por vacante. Pero en este caso, como ya se ha dicho, la sentencia parte de la premisa de que no se ha cuestionado en este litigio la legalidad del contrato de interinidad por vacante suscrito por las partes, de tal modo que la recurrente carecía de la cualidad de indefinida no fija, al no concurrir - ni siquiera ha sido alegado - ningún defecto en su contratación.

Se trata de un fundamento de la pretensión que no fue alegado en la instancia ni por tanto debatido, ni resuelto por la sentencia, a la que el recurrente no atribuye el defecto de incongruencia omisiva, por lo que se trata de una cuestión nueva que no puede ser objeto del recurso de suplicación, como ha declarado reiteradamente la doctrina de los TSJ y jurisprudencia del TS, entre otras la sentencia del TS de 25-4-17 rec. 2570/2015 :

"(...) Como la sentencia recurrida no hace mención alguna a las infracciones que ahora se denuncian en el recurso, y la razón es que no fueron planteadas ante el Tribunal sentenciador, resulta estamos ante una cuestión nueva, que debe ser rechazada de plano sin más argumentaciones.

Esta solución ya la ha dado ya esta Sala en su sentencia de 13 de mayo de 2013 (Rec. 239/11) fundándola de la siguiente manera: Como ante el Tribunal sentenciador no se plantearon las cuestiones que ahora se alegan "como evidencia el que tampoco se denuncia ahora que la sentencia hubiera incurrido en incongruencia omisiva, siendo reiterada doctrina de esta Sala de casación en la que se proclama el "criterio general de la inadmisibilidad de «cuestiones nuevas» en todo recurso. Criterio que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada [epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal], del que es consecuencia, y que más en concreto ha de excluirse en el recurso de casación - bien sea ordinario o para la unificación de doctrina-, que ha de ceñirse a los errores de apreciación fáctica o a las infracciones de derecho sustantivo o procesal en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, en atención tanto a su carácter extraordinario como a las garantías de defensa de las partes recurridas, cuyos medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo, que desconocería -asimismo- los principios de audiencia bilateral y congruencia (con cita de muchas otras anteriores, SSTs 11/12/07 -rcud 1688/07; 05/02/08 -rcud 3696/06; 22/01/09 -rco 95/07; 18/03/09 -rco 162/07; y 25/01/11 -rcud 3060/09). Y al efecto se ha argumentado por esta Sala que si por el principio de justicia rogada el Juez o Tribunal «sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar en los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas... Por tanto, fuera de esos momentos iniciales... no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por primera vez en vía de recurso» (STS 04/10/07 -rcud 5405/05)" (entre otras, STS/IV 23-abril-2012 -rco 77/2011, con doctrina que reitera, entre otras, la posterior STS/IV 20-diciembre-2012 -rco 275/2011)".

SEGUNDO.- Cabe añadir, aun no siendo necesario porque ya en el recurso no se aborda esta cuestión, que en las dos sentencias de 5 de junio de 2018 (C-677/16, **Montero Mateos** y C-574/16 **Grupo Norte Facility**), el TJUE ha llegado a pronunciamientos opuestos al de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (C-596/14, **De Diego Porras**).

En consecuencia se impone la desestimación total del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

FALLAMOS:

desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D^a. Rosalia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de MADRID en fecha 23-10-17 en autos 405/17 seguidos a instancia de la recurrente contra AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCIÓN SOCIAL DE LA CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID y confirmamos dicha sentencia. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE



DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, 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 resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **79/2018** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 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 (CCC) siguiente: (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 (2870 0000 00 **79/2018**), 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.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.