



Roj: **STSJ M 9903/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:9903**

Id Cendoj: **28079340022017100937**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **04/10/2017**

Nº de Recurso: **467/2017**

Nº de Resolución: **954/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0046606

Procedimiento Recurso de Suplicación 467/2017-M

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid Despidos / Ceses en general 1040/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 954/2017

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En Madrid a cuatro de octubre de dos mil diecisiete habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 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 467/2017, formalizado por el/la LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA en nombre y representación de CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA, contra la sentencia de fecha 30 de enero de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 36 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1040/2016, seguidos a instancia de D./Dña. Mercedes frente a CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN, 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. Mercedes viene prestando servicios por cuenta y orden de la entidad demandada con una antigüedad de 19.03.2013, categoría profesional de auxiliar de enfermería y un salario mensual bruto con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias de 1752 euros en virtud de contrato de trabajo de duración determinada para ocupar mediante contrato de interinidad la vacante n^o NUM000 vinculada a la oferta de Empleo Público de Bolsa AD99.*

SEGUNDO.- Con fecha de 15.09.2016 a la actora le fue comunicado que el 30.09.2016 quedaba rescindido su contrato de interinidad por finalización del proceso de consolidación en la categoría ocupada por resolución de 29.07.2016 de la Dirección General de Función Pública.

TERCERO.- La plaza n^o NUM000 fue adjudicada a D^a María Cristina , declarada en excedencia por incompatibilidad por resolución de 15.09.2016.

CUARTO.- Con fecha de 30.09.2016 la demandada celebró contrato temporal con el trabajador D^a. Apolonia de interinidad para ocupar la plaza n^o NUM000 .

QUINTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores.

SEXTO.- D^a. Debora desistió de la demanda formulada ."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " *Que estimando la demanda formulada por D^a. Mercedes en materia de despido contra La Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid DEBO DECLARAR Y DECLARO improcedente el despido de D^a. Mercedes condenando al referido demandado a que en el plazo de cinco días opte ante este Juzgado de lo Social entre la readmisión de D^a. Mercedes con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 30.09.2016, a razón de 58 euros diarios, o el abono de una indemnización de 6728 euros que determinará la extinción de la relación laboral con efectos de 30.09.2016.*"

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA, 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, 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 el día 04 de octubre 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

ÚNICO.- Disconforme la demandada con la sentencia de instancia, formula recurso de suplicación, en que, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , denuncia la infracción de los artículos 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y 4.2 y 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre , por el que se desarrolla el artículo 15 ET , en relación con el artículo 34 B) del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

Al recurso se opone la demandante en su escrito de impugnación por las razones alegadas en el mismo.

Así las cosas, vistas las alegaciones realizadas, se ha de significar que para la resolución del recurso deben hacerse las consideraciones siguientes:

1^a) Para que pueda estimarse la demanda ha de quedar acreditado el hecho constitutivo de la acción ejercitada por el demandante, recayendo sobre éste la carga de la prueba de dicho hecho, según declararon, aplicando la norma del art. 1214 del Código Civil , las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1980 , de 21 de diciembre de 1981 , de 15 de abril de 1982 y de 31 de octubre de 1983 , entre otras muchas, y tal como



se establece, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 217 , pfo. 2º, siendo preciso en todo caso para la existencia de la acción que haya una norma que anude al supuesto de hecho el efecto jurídico pedido, según cabe deducir de la propia disposición mencionada, e incumbiendo al demandado por su parte la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de la acción (art. 217.3 LEC).

Y cuando se trata de procedimientos por despido, se ha de tener en cuenta que constituyendo el despido la forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, el art. 108.1 de la LRJS , al igual que el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores , determina que el Juez ha de calificar en el fallo de la sentencia el despido como procedente, improcedente o nulo, aun cuando bien puede suceder, como es evidente, que el despido sea en realidad inexistente, es decir que no haya habido despido, como puede ocurrir igualmente que se haya de declarar "no probado" el despido (Sª del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1986 , entre otras), bien entendido que como consecuencia de las normas que rigen para el "onus probandi", las exigencias sobre carga de la prueba imponen que, en los procesos por despido, el demandante haya de acreditar la existencia de relación laboral y el hecho mismo del despido, según tienen declarado, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15-11-2006 (Rec. 996/06) y las de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17-6-2009 y 11-5-2010.

2ª) Ciertamente, según estableció una reiterada doctrina jurisprudencial, las irregularidades en que pueda incurrir la Administración Pública en la contratación del personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a sus prórrogas, la transformación del contrato temporal en relación indefinida o de fijeza, ya que con ello se vulnerarían los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad, así como de igualdad de oportunidades en el acceso a puestos de trabajo del sector público, consagrado en el art. 103.3 de la Constitución Española . Y, ciertamente también, tal doctrina requiere la importante matización, como así lo ha declarado igualmente el Tribunal Supremo, de que ello no supone que la Administración no quede sometida al cumplimiento del Ordenamiento Jurídico, pues si así sucediera se conculcaría el mandato del art. 9.1 de la Constitución Española , no existiendo por lo demás prohibición alguna -sino, por el contrario posibilidad real- de que las Administraciones Públicas puedan resultar vinculadas por un contrato laboral por tiempo indefinido, independientemente y al margen de la relación de empleo, de carácter administrativo, que mantienen con sus funcionarios, y no siendo por ello posible eludir el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes generadoras de derechos y obligaciones para las instituciones y entidades públicas, tal y como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 , dictada para unificación de doctrina, seguida por las sentencias, también recaídas en recurso de casación para la unificación de doctrina, de 7 de octubre de 1992 y 26 de octubre de 1992 , habiendo establecido el propio Tribunal Supremo finalmente con claridad , en su sentencia de 20 de enero de 1998 dictada en unificación de doctrina, la distinción entre trabajador fijo y trabajador por tiempo indefinido, con base en sentencias anteriores del propio Alto Tribunal, y así en la sentencia de 20 de enero de 1998 antecitada , al igual que en la de 7 de octubre de 1996 , se precisa que la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido, esto es, y tal como se entiende por la jurisprudencia a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996 , trabajadores temporales cuyo contrato no está sometido directamente a un término fijo.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre , 10 y 30 de diciembre de 1996 , 14 de marzo de 1997 , 20 de enero de 1998 y 27 de mayo de 2002 , entre otras) ha establecido que "el carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal, que éste está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza de plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas". En virtud de esas normas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

Añade la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 (fundamento jurídico undécimo) que "no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad".



En definitiva, y tal como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1993, cuando el Estado y las demás entidades públicas actúan como empresarios han de ajustarse, en la celebración de contratos temporales, a las normas generales o coyunturales que, en tal caso, regulan el tipo concreto que se proponen concertar, dado que tal obligación viene impuesta por el hecho de hallarse vinculada la Administración a la legalidad.

3ª) Según tiene declarado nuestro Tribunal Supremo, el legislador ha mostrado su decidida preferencia por el contrato indefinido como instrumento jurídico eficaz destinado a dar garantía de estabilidad al trabajador, y en este sentido el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 15, establece una presunción a su favor y la sanción consistente en una novación de los contratos temporales celebrados en fraude de ley, que se transforman en indefinidos (Sª T.S. de 23-10-1984, entre otras), admitiendo asimismo el propio art. 15 E.T., en su número 1 y únicamente por excepción, la temporalidad tan sólo en aquellos casos específicos que en él se enumeran (S.S. del Tribunal Supremo de 10-11-1984 y 22-4-1985, entre otras muchas), debiendo subrayarse que la contratación temporal precisa el cumplimiento puntual de los requisitos que la normativa que la autoriza exige (Sª T.C.T. de 3-5-1985, entre otras muchas) y de no concurrir tales condiciones, la contratación temporal resulta proscrita por nuestro ordenamiento, tanto cuando se emplea de forma directa y manifiestamente contraria a la ley por no basarse en las causas legalmente previstas como cuando se ampara en una de dichas causas sin real y efectiva existencia que justifique la temporalidad del contrato, lo que conduce a equiparar dicha situación con la primera de las descritas, pues tampoco en este caso existe causa de la contratación temporal. En tales casos, la consecuencia prevista por el art. 15.3 del citado Texto Legal es la presunción del carácter indefinido de la relación laboral, debiendo subrayarse en todo caso que la validez de cualquiera de las modalidades de contratación temporal causal, por el propio carácter de ésta, exige en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas y lo decisivo es, por consiguiente, que se dé tal causa, pero la temporalidad no se supone, sino que, antes al contrario, se establece una presunción a favor de la contratación indefinida (Sª TS. de 21-5-2002, Rec. 2456/2001).

Pues bien, dentro de los contratos de trabajo temporales se encuentra, entre otros, el contrato de interinidad por vacante, que es válido cuando se suscribe para cubrir provisionalmente un puesto de trabajo hasta su cobertura definitiva tras un proceso de selección externa o promoción interna, combinándose esta condición con un término habida cuenta que su duración no puede ser superior a tres meses y, pasados éstos, no cabe celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto, si bien ello es así salvo para las Administraciones Públicas, dada la remisión a su "normativa específica" en cuanto a los mencionados "procesos". De modo que, conforme al artículo 15.1 c) E.T., según la elaboración jurisprudencial de tal posibilidad, ampliatoria de la redacción estatutaria (así, SS. del Tribunal Supremo de 1-11-1994, 12-6-1995 y 6-11-1996, entre otras) - y llevada posteriormente al artículo 4.1, segundo párrafo, del Real Decreto de 18-12-1998 - tal contrato sólo puede ser legalmente extinguido si concurre la ocupación definitiva de la vacante, a través del pertinente proceso reglamentario, o en otro caso, la amortización de la misma mediante el procedimiento legal (Sª TS de 9-6-1997), y en definitiva cuando concluya su objeto. Todo ello en el bien entendido de que los contratos de interinidad pueden celebrarse para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, así como para cubrir temporalmente el mismo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, exigiéndose que se identifique al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, con indicación del puesto de trabajo a desempeñar.

4ª) En el supuesto de autos, la litis se centra en determinar si la extinción del contrato comunicada a la actora por la entidad demandada, por cobertura de vacante, constituye o no un despido improcedente y, subsidiariamente, si se considera que existe causa de extinción, si tiene derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio.

Así las cosas, hemos de señalar que la cuestión objeto de litigio ha sido ya analizada y resuelta por la sentencia de esta misma Sala y Sección de 5-7-2017 (Rec. 499/17), que, en lo que aquí interesa, dice lo siguiente:

" PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia que considera que la comunicación de la extinción del contrato de trabajo por cobertura e incorporación del titular de la plaza no constituye un despido, y condena a la demandada a que abone a la demandante la indemnización de 3.054,45 €, la representación letrada de la Comunidad de Madrid interpone recurso de suplicación formulando tres motivos destinados a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, alega infracción del artículo 26.1 de la LRJS. En síntesis expone que en el presente procedimiento se ha producido una acumulación indebida de acciones ya que a la acción de despido se ha acumulado la reclamación de indemnización por extinción del contrato, que está basada en distinta causa de pedir y la primera está sujeta al plazo de caducidad y la segunda al de prescripción.



La STS de 6/10/2015, recurso nº 2592/2014 , señala que aunque el cese se ajustó a derecho y esa decisión no constituyó despido, procede establecer como consecuencia de ese cese la indemnización legalmente prevista.

El motivo se desestima porque se trata de la condena a una indemnización que deriva de la extinción del contrato y si el mismo se ha considerado procedente, tienen derecho a la cuantía indemnizatoria que derive de esa declaración, procediendo establecer como consecuencia de ese cese la indemnización que legalmente proceda.

SEGUNDO.-En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS , alega infracción del artículo 70 del EBEP , en relación con los artículos 7 , 83 y la Disposición Transitoria Cuarta del mismo texto legal , y Disposición Transitoria Decimoprimer del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid ; con carácter subsidiario alega infracción del artículo 70 del EBEP , en relación con la Disposición Final Cuarta del mismo cuerpo legal . En síntesis expone que no resulta aplicable el artículo 70 del EBEP ; que la actora venía ocupando una vacante sujeta o vinculada a la OEP del año 1999, de acuerdo con la cláusula primera de su contrato, si bien el contrato de la misma estaba suscrito con fecha 27/02/2009, y que desde la suscripción del contrato de interinidad por vacante, hasta la fecha de la convocatoria del proceso extraordinario no habían transcurrido más de 3 años; que no se habría infringido el artículo 70 del EBEP , puesto que la ejecución de las ofertas de empleo público se habrían realizado dentro del plazo de los tres años siguientes a la entrada en vigor del mencionado precepto.

La sentencia recurrida considera que atendiendo a la antigüedad de la demandante resulta evidente que se ha superado con creces el plazo fijado en el EBEP para la convocatoria de los correspondientes procesos selectivos , no estando ante un contrato celebrado en fraude de ley sino ante un contrato que modifica su forma por el transcurso de un plazo legal.

La jurisprudencia unificadora en STS de 10/10/2014, recurso nº 723/2013 , ha señalado en la cuestión objeto de controversia que:

" Se hace preciso recordar la doctrina más reciente de esta Sala del Tribunal Supremo que ha considerado como indefinidos no fijos a los trabajadores que han prestado servicios para la Administración pública en calidad de interino por vacante superando el límite temporal máximo de tres años para su cobertura, de conformidad con los arts. 70.1 de la Ley 7/2007 (EBEP) y art. 4.2 b) del RD 2720/1998 (STS/4ª de 14 julio 2014 -rcud. 1847/2013 y 15 julio 2014 -rcud. 1833/2013-). Tal doctrina sirve aquí para declarar que es la sentencia de contraste la que alcanza la solución correcta, pues sucede que todos los demandantes acumulaban en el momento del juicio una prestación de servicios superior a ese trienio y, por consiguiente, debe reconocérseles la condición de trabajadores indefinidos no fijos ."

En similares términos se pronuncia la STS de 14/10/2014, recurso nº 711/2013 , que analiza la condición de trabajadores, contratados temporalmente por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que han estado desempeñando su actividad profesional de médicos o auxiliares de enfermería o similar durante muchos años, bajo diversas modalidades de contratación temporal, la mayoría de ellas de interinidad por sustitución, si bien la última fue de interinidad por vacante, e interesaban en su demanda que se reconociese que su relación laboral con la demandada tiene naturaleza de indefinida no fija dado el carácter fraudulento de la contratación temporal a la que fueron sometidos. La citada sentencia señala que:

"los recurrentes tenían últimamente contratos de interinidad por vacante que habían durado más de tres años y es claro que debe reconocérseles la condición de trabajadores indefinidos no fijos".

También debe tenerse en cuenta que la extinción del contrato de una trabajadora indefinida no fija porque su plaza se cubre tras llevarse a cabo el oportuno concurso público constituye una válida extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del ET , como también ha dicho la STS 6/10/2015, recurso nº 2592/2014 .

Como señala la jurisprudencia unificadora en STS de 15/07/2014, recurso nº 1833/2013 :

"2.- En efecto, para la doctrina tradicional de la Sala -resumida por la precitada STS 25/11/13 - recordada por la reciente STS de 14/07/2014 (rcud. 2052/2013):

"[«a).- La relación laboral "indefinida no fija" ... queda sometida a una condición resolutoria [provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura], cuyo cumplimiento extingue el contrato por la mera denuncia del empleador y sin necesidad de acudir al procedimiento contemplado en los arts. 51 y 52 ET ... (SSTS SG 27/05/02 -rcud 2591/01 -; 02/06/03 -rcud 3243/02 -; y 26/06/03 -rcud 4183/02 -).

b).- La doctrina es extensible a los casos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización ... porque no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido el presupuesto de la modalidad contractual (SSTS SG 27/05/02 -rcud 2591/01 -; 20/07/07 -rcud 5415/05 -; y 19/02/09 -rcud 425/08 -).



c).- ... entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que o bien supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido ..., o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ya ha acordado (reproduciendo otras muchas anteriores, SSTs 08/06/11 -rcud 3409/10 -; 27/02/13 -rcud 736/12 -; y 13/05/13 -rcud 1666/12 -). Y

d).- Estas consideraciones son aplicables a los contratos «indefinidos no fijos», pues -como ya se ha dicho- se trata de contratos también sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y -por lo tanto- cuando por amortización no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue ex arts. 49.1.b) ET y 1117 CC ».

3.- Pero en la STS -Sala General- 24/06/14 [rcud 217/13] se ha rectificado el criterio precedente y se ha mantenido: a) que los contratos de interinidad por vacante están sujetos al cumplimiento del término pactado [la cobertura reglamentaria de la plaza] y que consiguientemente estamos ante una obligación a término y no ante una condición resolutoria, porque las obligaciones condicionales [arts. 1113 y sigs. CC] son aquellas cuya eficacia depende de la realización o no de un hecho futuro e incierto, en tanto que en las obligaciones a término se sabe que el plazo necesariamente llegará, en forma determinada [se conoce que llegará y cuando ello tendrá lugar] o indeterminada [se cumplirá, pero se desconoce el momento].

b).- En la interinidad por vacante estamos en presencia de un contrato a término, siquiera indeterminado, que es el momento en que la vacante necesariamente se cubra tras finalizar el correspondiente proceso de selección.

c).- La amortización de la plaza por nueva RPT -permitida por el art. 74 EBEP -, no puede suponer la automática extinción del contrato de interinidad, pues no está prevista como tal, sino que requiere seguir previamente los trámites de los arts. 51 y 52 ET , aplicables al personal laboral de las Administraciones Públicas [arts. 7 y 11 EBEP], y en los que la nueva RPT ha de tener indudable valor probatorio para acreditar la concurrencia de la correspondiente causa extintiva.

d).- La doctrina es aplicable igualmente a los trabajadores indefinidos no fijos, cuya extinción contractual está igualmente sujeta a la cobertura de la plaza y -en su caso- a la amortización.

4.- Por ello, tanto en los supuestos de nuda interinidad por vacante, como en los de su transformación en indefinido no fijo por el transcurso del plazo máximo [arts. 70.1 EBEP y art. 4.2 b) del RD 2720/1998]: a).- La amortización de la plaza desempeñada por modificación de la RPT no está legalmente prevista como causa extintiva de estos contratos, porque no están sujetos a condición resolutoria, sino a término; y b).- Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET (cauce ya previsto por la DA vigésima ET).]".

Esta Sección de Sala ha dicho en sentencia de fecha 7/06/2017 :

>>(…) siguiendo el criterio de esta Sala de lo Social en reciente Sentencia de fecha 8 de mayo de 2017, REc 87/2017 en cuyo RJ 4º 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 Hostelería, 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 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 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 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 -).».

En el presente caso, el 24/12/2005, la demandante suscribe diversos contratos de interinidad, el primero para sustituir a trabajadora en vacaciones y los posteriores por otras razones, estando los últimos vinculados a la cobertura de la vacante nº 34038, siendo el 2/03/2009 cuando suscribe el primer contrato de interinidad para cobertura de puesto de trabajo 34.038, vinculado a oferta de empleo público de 1998 (hechos probados primero y segundo). Por tanto, de acuerdo con el criterio de la Sala, consideramos que el contrato ha sido de interinidad por vacante vinculado a la oferta de empleo público correspondiente al año 2002, lo que lleva a estimar el motivo.

TERCERO.-En el tercer motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, alega infracción del artículo 49.1.b) del ET en relación con el apartado c) del mismo precepto y jurisprudencia que cita. En síntesis expone que la consecuencia indemnizatoria del artículo 49.1.c) del ET es que procedería únicamente en caso de previa existencia de irregularidad en el desarrollo del vínculo temporal con la Administración y que en tanto en cuanto nos encontramos ante contratos temporales de naturaleza distinta, que responden a distintas necesidades del mercado y que vienen a cumplir finalidades distintas, no cabe hablar de un supuesto trato discriminatorio que pudiera conculcar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, que permitiera interpretar el artículo 49.1.c) del ET en el sentido que no sea el del propio de los términos que contiene, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil.

Como ha señalado la jurisprudencia unificadora en STS de 28/03/2017, recurso nº 1664/2015:

" No obstante, 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 cuál 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 .".

La sentencia de esta sección de Sala de 7/06/2017, recurso nº 449/2017, ha dicho:

>> En cuanto a la indemnización que se establece en el fallo recurrido, se argumenta en el recurso, que si no procede calificar la relación como indefinida no fija, y por lo tanto nos encontramos ante la válida extinción de una relación laboral temporal de interinidad, el fallo recurrido vulnera el art. 49.1 c) del ET, por cuanto los doce días de indemnización que en el mismo se prevén no resultan de aplicación al contrato de interinidad, según se deduce de una lectura literal del propio precepto.

Tal cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en la sentencia antes citada de 8 de mayo de 2016 Rec 87/2017, criterio que por seguridad jurídica seguiremos y en cuyo FJ 15º expresamente señalaba "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)."

En atención a lo expuesto, y dado que la denuncia jurídica que estamos examinado lo es en exclusiva por la Entidad recurrente sin que el trabajador demandante hubiera formalizado recurso alguno, la sentencia de instancia ha devenido firme para el trabajador, sin que esta Sala se pueda pronunciar sobre si procede una indemnización superior a la fijada en la resolución que se impugna tal y como se resolvió en la sentencia antes citadas dictada por esta Sala entre otras, pues ello supondría incurrir en incongruencia extra petita >>.

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto la demandante tiene derecho a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado, lo que lleva a desestimar el motivo y el recurso."

Tal doctrina resulta de entera aplicación en el presente caso y a ella ha de estarse necesariamente por evidentes razones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, en el bien entendido de que en el supuesto de autos nos encontramos con que la actora tenía suscrito un contrato de interinidad para la cobertura de la vacante nº NUM000 , vinculada a la Oferta de Empleo Público, siendo adjudicada dicha plaza tras el proceso correspondiente por resolución de la Dirección General de la Función Pública de 29 de julio de 2016 (Hechos Probados Primero, Segundo y Tercero).

En consecuencia, en aplicación de la doctrina antecitada, la cobertura de la plaza vacante, a la que se hallaba adscrita la actora, por el procedimiento reglamentario conlleva que la extinción del contrato sea también conforme a derecho, sin que obste a lo anterior el que la trabajadora a quien le fue adjudicada la plaza fuera declarada en situación de excedencia por incompatibilidad, lo cual impide considerar que se haya producido el despido de la actora, pese a lo que declara la sentencia de instancia.

Sin embargo, sí cabría acoger su petición de que se le abone la indemnización correspondiente por la extinción del contrato, por lo que, con arreglo a lo indicado, ha de estimarse parcialmente el recurso y declarar válida la extinción del contrato de la actora, con derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio, cifrada en 4.181,44 euros (20 días/año x 3,58 años x 58,40 euros diarios = 4.181,44 euros). Sin costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 36 de Madrid de fecha 30 de enero de 2017 , en los autos número 1040/2016, en virtud de demanda formulada por Dña. Mercedes en reclamación por DESPIDO, debemos revocar y revocamos dicha resolución, declarando válida la extinción del contrato de la actora, con derecho a percibir una indemnización de 4.181,44 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 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 2827-0000-00-0467-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

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 2827-0000-00-0467-17.

Una vez adquiriera 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 el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.