



Roj: **STSJ M 13648/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:13648**

Id Cendoj: **28079340032017100709**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/12/2017**

Nº de Recurso: **355/2017**

Nº de Resolución: **848/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social

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

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

NIG : 28.079.00.4-2016/0054680

Procedimiento Recurso de Suplicación 355/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Despidos / Ceses en general 1169/2016

Materia : Despido

Sentencia número: 848/17-FG

Ilmos. Sres.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 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 355/2017, formalizado por la letrada Dña. FRANCISCA VIRSEDA INIESTA en nombre y representación de Dña. Justa , contra la sentencia de fecha 15/02/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1169/2016, seguidos a instancia de Dña. Justa frente a CONSEJERIA DE EDUCACION, JUVENTUD Y DEPORTE, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, 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:

1)- La actora D^a Justa comenzó a prestar sus servicios en la entidad demandada LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID con fecha 25-8-07, con la categoría profesional de obras o servicios y con un salario diario de 29,64 euros brutos con prorrata de pagas extras, siendo su relación laboral fija-discontinua, con una jornada parcial del 16% de la jornada ordinaria.

2)-En fecha 25-8-07 ambas partes celebraron un contrato de interinidad para la cobertura del puesto vacante nº 39289, vinculado a la OPE de 1999, con duración durante los meses de verano.

3)-Por Orden de 3-4-09 de la Consejería de la Presidencia, Justicia e Interior (BOCAM 29-6-09) se procede a convocar un proceso extraordinario de consolidación de empleo de carácter laboral para plazas de auxiliar de enfermería.

4)-Mediante resoluciones de la Dirección General de la Función Pública de fechas 22, 27 y 29 de julio de 2016 (BOCAM 2-8-16), se procede a la adjudicación de los destinos procedentes al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral, de las categorías profesionales de DUE, auxiliar de hostelería y auxiliar de enfermería, respectivamente.

5)-En fecha 21-11-16 la entidad demandada le comunica la extinción del último contrato con efectos del 30-11-16, al amparo del art. 8,1 del RD 2720/98 .

6)- 6)-Las relaciones laborales entre las partes se rigen por el Convenio colectivo del personal laboral de la CCAA de Madrid 2004-07, en cuyo art. 13 se regula el Régimen de provisión en los siguientes términos:

"1. Con carácter previo a su inclusión en la Oferta de Empleo Público serán ofertadas en régimen de provisión interna, con arreglo al procedimiento establecido en el presente artículo, las vacantes existentes.

La comisión paritaria determinará, en su caso, la incorporación directamente a la Oferta de Empleo Público de las vacantes producidas por incremento vegetativo de plantilla, entendiéndose por estas últimas las relativas a jubilaciones, excedencias, renunciaciones y demás situaciones de baja de carácter análogo. De no llegarse a acuerdo en comisión paritaria se proveerán en primer término en régimen de provisión interna todas ellas.

La Comunidad podrá reservar para su provisión por convocatoria libre, sin someterse a los turnos fijados en este artículo, los puestos que requieran cualificación exigida por la innovación tecnológica, reorganización administrativa o inicio de nuevas actividades. La Comunidad deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la utilización fundamentada de esta reserva. En caso de desacuerdo, será la comisión paritaria la encargada de resolver las diferencias, de conformidad con los métodos establecidos para la resolución de las mismas.

Con carácter general podrán tomar parte en los turnos de provisión interna aquellos trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio con relación jurídico-laboral de carácter indefinido y que se encuentren en situación de servicio activo o con el contrato suspendido con reserva de puesto. En el concurso de traslado podrán tomar parte, asimismo, los trabajadores en excedencia voluntaria con derecho a reingreso previa solicitud del mismo."

7)-En el proceso selectivo finalizado, el puesto vacante que ocupaba la parte actora ha sido adjudicado a un titular D^a Mari Trini , que ha tomado posesión de su plaza el 1-12-16, habiendo celebrado un contrato laboral indefinido en fecha 8-11-16 con efectos del 1-12-16; si bien el mismo día ha solicitado la excedencia por incompatibilidad con efectos del 1-12-16.

8)-La actora tenía cotizados un total de 93 días en el año 2016, siendo la suma de todas las bases de cotización mensuales en el año 2016 de 2.576,20 euros anuales. Conforme a dicha base de cotización, el salario diario bruto ascendería a 29,64 euros/día.

9)-La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno.

10)-Se agotó la vía previa administrativa.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:



Que desestimando totalmente la demanda de despido interpuesta por D^a Justa frente a LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Dña. Justa, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 05/05/2017, 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 el día 19/12/2017 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: Frente al pronunciamiento desestimatorio se alza en suplicación la actora articulando, por el 193 c) de la L.R.J.S. diversos motivos en los que denuncia la infracción del artículo 70.1 del EBEP y Disposición Transitoria del EBEP, artículo 4.2 del Real Decreto y 8.2 del Real Decreto 2720/98 y artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 6.3 del Código Civil motivo primero por entender que habiendo comenzado la prestación de servicios el 25/08/07, a la fecha del cese habían transcurrido casi diez años, del artículo 49 Estatuto de los Trabajadores y 8 del Real Decreto 2720/98 por haberse superado el plazo máximo de interinidad por vacante establecido por la jurisprudencia que cita en tres años, invocando además la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre caso **Diego Porras** motivos segundo y tercero y el motivo en su petición subsidiaria debe estimarse. La actora en efecto era indefinida no fija tras haberse sobrepasado el plazo máximo de cobertura de la plaza que prevé el artículo 79 de EBEP y la cobertura reglamentaria de la plaza no le priva de su derecho indemnizatorio dada la naturaleza de su contrato. Este Tribunal ha razonado lo siguiente al respecto en su Sentencia de 12/12/2017 de esta misma Sección:

«El artículo 70 del EBEP, cuya redacción se mantiene por Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre tal y como fue aprobado por la Ley 7/2007, siendo su texto el siguiente:

"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.

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos."

Artículo al que el Tribunal Supremo hace referencia expresa reconociendo reiteradamente su eficacia, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia de 9-3-2017, nº 201/2017, rec. 2636/2015, que al examinar la amortización de un puesto de trabajo ocupado por un trabajador indefinido no fijo, señala lo siguiente:

(...) Por ello, -- como también ya se ha pronunciado esta Sala en temas similares al ahora enjuiciado, entre otras, en SSTS/IV 7-julio-2014 (rcud 2285/2013), 14-julio-2014 (rcud 2052/2013), 14-julio-2014 (rcud 1807/2013), 14-julio-2014 (rcud 2680/2013), 15-julio-2014 (rcud 2057/2013) --, 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 está 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)".

Se da pues por sentado por el Tribunal Supremo reiteradamente que tras la entrada en vigor de dicho precepto, el transcurso del plazo máximo que fija determina la transformación del contrato de interinidad en indefinido no fijo,



superando la anterior doctrina que, se ha reiterado en distintas resoluciones, siempre refiriéndose a resoluciones anteriores a la promulgación del EBEP que decían así:

"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 -).».

y que ha de considerarse inaplicable al existir en el EBEP una norma que precisamente pretende evitar comportamientos abusivos o fraudulentos en la contratación interina, estableciendo de forma clara y concreta un plazo máximo e improrrogable de tres años para la cobertura de las vacantes, porque es precisamente el mantenimiento de interinos ocupándolas durante años y años lo que perjudica a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección, al que no pueden tener acceso si las plazas no se sacan a oferta pública de empleo, continuando siendo desempeñadas por personas que generalmente no han accedido a ellas conforme a los principios de mérito y capacidad que establece el artículo 103 de la Constitución , por lo que el motivo del perjuicio a los aspirantes que se esgrimía en la antigua doctrina del Tribunal Supremo, no solo deviene ineficaz, sino que, además, se contradice con su propia doctrina respecto del personal indefinido no fijo que en todo caso ha de cesar cuando la vacante se cubre según lo dispuesto en el citado precepto constitucional.

El mandato que contiene el citado artículo 70 del EBEP no queda limitado por lo que establece el artículo 83 del mismo, que determina que La provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera., refiriéndose a la concreción de las normas que han de regir la provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral, pero obviamente dentro del plazo que fija dicho artículo 70, que no se desvirtúa, porque una cosa es el procedimiento a seguir y otra el plazo dentro del cual ha de llevarse a efecto. Lo mismo ha de predicarse del contenido de la Disposición transitoria cuarta del EBEP que se establece que 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, lo cual en absoluto deja sin efecto el reiterado plazo, sino que precisamente incide en la misma línea de impedir el mantenimiento abusivo de contratos temporales obviando la cobertura de las vacantes por los cauces legalmente establecidos.

Es lo cierto que esta Sala de lo Social se ha pronunciado en distintas Sentencias, como la de fecha 8 de mayo de 2017, Rec 87/2017 , que se reitera en la de la sec. 2ª, de 20-9-2017 , nº 867/2017 , rec. 713/2017 , considerando que no era de aplicación el artículo 70 del EBEP , no obstante lo cual hemos de resaltar que se fundamentan en la aludida antigua doctrina del Tribunal Supremo que entendemos obsoleta, sin tener en cuenta que el propio alto Tribunal ha reconocido reiteradamente que conforme a dicho precepto la relación de interinidad que haya superado el periodo de tres años devine indefinida no fija, sin que además se pueda conculcar la disposición legal por normas convencionales, en contra del principio de jerarquía normativa garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución , tal y como se reconoce en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores , sin que haya justificación alguna para estimar que por haberse seguido el proceso fijado en la Disposición Transitoria 11ª del Convenio Colectivo para el personal laboral de la CAM, no haya de regir el plazo de tres años, porque éste es de aplicación general a toda la administración pública y no puede derogarse por disposiciones de rango inferior, ni, menos aún, entenderse inaplicable porque no se haga mención a tal plazo.

Así pues efectivamente el contrato de la actora devino indefinido no fijo por datar el último del año 2010, habiéndose prolongado durante seis años, debiéndose confirmar este pronunciamiento del juzgador a quo, pero hemos de tener en cuenta que, tal y como consta acreditado, la vacante que ocupaba la trabajadora ha sido adjudicada a una persona seleccionada a través de la oferta pública de empleo y, consecuentemente la actora ha de cesar por tal causa, sin que la misma sea equiparable a la amortización de la plaza a la que se refiere la doctrina del Tribunal Supremo que indebidamente aplica dicho magistrado, no siendo aquí necesario seguir los trámites establecidos legalmente para un despido por causas objetivas, porque en este caso lo que se ha llegado



es el vencimiento del plazo ínsito en la relación laboral indefinida no fija, sujeta a término, que se extingue con la cobertura de la vacante conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad.

Por tanto no nos encontramos ante un despido improcedente sino ante un cese procedente que habría de ser indemnizado en los términos establecidos por la doctrina del alto Tribunal, en la aludida sentencia de 9-3-2017, nº 201/2017, rec. 2636/2015 , con veinte días de salario por año trabajado (...).».

Procede pues estimar en parte el recurso y condenar a la demandada a indemnizar a la actora en 5.530,82 €.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por letrada Dña. FRANCISCA VIRSEDA INIESTA en nombre y representación de Dña. Justa , revocamos la sentencia de fecha 15/02/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 1169/2016, condenando a la demandada a indemnizar a la actora en 5.530,82 € por los conceptos de denuncia.

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 2828-0000-00-0355-17 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 2828-0000-00-0355-17.

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 el día 10/01/2018 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.