



Roj: **STSJ M 10351/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:10351**

Id Cendoj: **28079340032018100608**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/10/2018**

Nº de Recurso: **1066/2017**

Nº de Resolución: **721/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

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

34002650

NIG: 28.079.00.4-2017/0019241

Procedimiento Recurso de Suplicación 1066/2017

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid Procedimiento Ordinario 474/2017

Materia: Materias laborales individuales

Sentencia número: 721/18-FG

Ilmos/a. Srs./a.

D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

D. JOSÉ IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ

En Madrid, a 30 de octubre de 2018, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Tercera 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 número 1066/2017 formalizado por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia número 339/2017 de fecha 21 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social número 41 de los de Madrid, en sus autos número 474/2017, seguidos a instancia de DOÑA Olga frente a la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA, en reclamación de cantidad, siendo magistrada-ponente la Ilma. Sra. Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN, 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.- Doña Olga ha prestado servicios para la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, como Auxiliar de Hostelería, desde el 1 de junio de 2002, en la Residencia de Personas Mayores Gran Residencia.

SEGUNDO.- Dicha prestación se constituyó en virtud de contrato de interinidad suscrito el 1 de junio de 2002 para cobertura de vacante NUM000 de la categoría de Auxiliar de Hostelería, vinculada a la Oferta de Empleo Público del año 2000.

TERCERO.- Mediante Orden de 3 de abril de 2009, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, se convocó proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Diplomada de Enfermería, Auxiliar de Hostelería y Auxiliar de Enfermería, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria undécima del vigente Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, y previo dictamen de la Comisión Paritaria de Vigilancia, Interpretación y Desarrollo del referido Convenio Colectivo, en sesión celebrada el día 13 de marzo de 2009.

CUARTO.- Por Resolución de 22, 27 y 29 de julio de 2016, de la Dirección General de Función Pública se procedió a la adjudicación de destinos correspondiente al proceso extraordinario de consolidación de empleo para el acceso a plazas de carácter laboral de la categoría profesional de Diplomada de Enfermería, Auxiliar de Hostelería y Auxiliar de Enfermería, con efectos de 1 de octubre de 2016.

QUINTO.- El puesto de trabajo NUM000 fue adjudicado a Doña Zaira que suscribió contrato de trabajo indefinido con la Agencia Madrileña de Atención Social el 20 de diciembre de 2016, con efectos de 1 de diciembre de 2016.

SEXTO.- El 20 de diciembre de 2016 la Agencia Madrileña de Atención Social acordó la finalización del contrato de interinidad de Doña Olga por incorporación de la titular de la plaza a la que se le adjudicó en el proceso de regularización tras obtener el alta médica.

SÉPTIMO.- Doña Olga venía percibiendo una retribución salarial mensual prorrateada de 1.515,64 euros.

OCTAVO.- Doña Olga ha estado de baja médica desde octubre de 2015.

NOVENO.- El Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid. (BOCM 100/2005, de 28 de abril de 2005)."

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Que estimando como estimo la demanda formulada por Doña Olga contra Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, debo condenar y condeno a éste a abonar a aquella la cantidad de 5.813,50 euros."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el letrado DON LUIS ANTONIO GÓMEZ GARCÍA, en representación de la demandante.

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 28 de diciembre de 2017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 25 de octubre de 2018 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

PRIMERO.- Con amparo en el apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la recurrente la infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), en relación con el art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 97.2 de dicha ley procesal, por considerar que incurre la sentencia impugnada en incongruencia "ultra petita" o "extra petita", así como la



doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 154/1991 [RTC 1991, 154], 172/1994 [RTC 1994, 172], 116/1995 [RTC 1995, 116], 60/96 [RTC 1996, 60] y 98/1996 [RTC 1996, 98] y en las Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras 14 de noviembre de 2007 (rec. casación 36/2007), 5 de octubre de 1999, (rec. casación 4773/1998) y 1 de febrero de 1993 (rec. casación unificación de doctrina 604/1992), alegando que la pretensión que ejercitó la actora fue que la de que se le reconociese el derecho a percibir una indemnización de 20 días por año de servicio correspondiente a la extinción por causas objetivas, con referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, no solicitando que se le reconociese con carácter subsidiario la indemnización prevista en el art. 49. 1 c) del ET que, sin embargo, se le reconoce en la sentencia de instancia tal y como resulta del contenido del Fundamento Jurídico Noveno in fine y del propio fallo de la sentencia, por lo que solicita que se declare su nulidad y se repongan las actuaciones al momento anterior a su dictado.

El motivo no puede tener favorable acogida por cuanto lo que la actora está pidiendo en su demanda es una indemnización por la extinción de su contrato, siendo ésta la cuestión planteada y debatida en el acto del juicio, no ocasionándose indefensión a la demandada ni incurriendo en incongruencia la sentencia que la otorga, independientemente de los fundamentos jurídicos que aplique, que son, sin duda, impugnables en sede de suplicación, como se hace a continuación por la recurrente.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se considera vulnerado el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, afirmando que la actora no tiene derecho a percibir indemnización alguna, no habiendo por ello trato discriminatorio, considerando que no resulta de aplicación el artículo 70 del EBEP, de acuerdo con su disposición transitoria cuarta y el artículo 83 del mismo.

Por la parte actora se niega la incongruencia en su escrito de impugnación y pone de manifiesto que, conforme al artículo **70.1** del EBEP el contrato de interinidad se convirtió en indefinido por el transcurso del plazo de tres años.

Reclama la actora una indemnización derivada de su cese por haberse cubierto conforme a los principios de mérito y capacidad, la vacante que ha ocupado durante más de catorce años bajo la cobertura de un contrato de interinidad, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 70 del EBEP, debiéndose resaltar que la redacción de este precepto 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 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 del 1 de junio de 2002, habiéndose prolongado hasta el 20 de diciembre de 2016, cuando finalmente concluyó el proceso acordado por la Comunidad de Madrid para la cobertura de plazas que llevaban vacantes más de quince años, dilatándose mucho más del periodo legalmente contemplado, y por tanto ciertamente procedería la indemnización en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo de 9-3-2017, nº 201/2017, rec. 2636/2015, con veinte días de salario por año trabajado, del mismo modo que procede a la luz de la doctrina del TJUE, no ya por efectos de la sentencia de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, De **Diego** Porras, sino por la mantenida



en las recientes sentencias de 5 de junio de 2018, C-677/16, **Montero Mateos** y C-574/16, Grupo Norte Facility S.A, que dicen así:

".. la indemnización por extinción de contrato es una condición de trabajo preservada de cualquier diferencia de trato no justificada entre trabajadores con contrato temporal (duración determinada) y trabajadores con contrato indefinido.

Efectuado el juicio comparativo de igualdad de situaciones (trabajador con contrato de trabajo de duración determinada y trabajador fijo) con resultado positivo (situaciones comparables) es preciso comprobar la concurrencia de una razón objetiva que justifique que la finalización del contrato de interinidad (que es el cuestionado) no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal.

Esta razón objetiva existe por cuanto las partes del contrato de duración determinada conocen (prevén) desde el momento de su celebración la inestabilidad, es decir, la fecha o el acontecimiento que determina su término. No hay acontecimiento extintivo imprevisto que indemnizar ni frustración subsiguiente de las legítimas expectativas de estabilidad del trabajador que sí concurren, por el contrario, en el trabajador fijo.

La inestabilidad conocida (previsibilidad de la extinción) frente a la expectativa frustrada de estabilidad (imprevisibilidad de la extinción) constituye de esta forma razón objetiva que justifica la diferencia de trato.

La conclusión: la norma nacional que no otorga indemnización al contrato de interinidad durante el proceso de selección o promoción de la cobertura definitiva del puesto no se opone a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada."

Si bien el fundamento 64 de la sentencia **Montero Mateos**, precisa los criterios de previsibilidad/imprevisibilidad de la extinción que, a su vez, relaciona con las legítimas expectativas del trabajador y su frustración que es cuestión sujeta a las concretas circunstancias del caso y que, por tanto, su examen corresponde al juez nacional quien debe determinar ad casum dos conceptos jurídicamente indeterminados: si la duración del contrato temporal es inusualmente larga y si era imprevisto el momento de su finalización, y si se considera que si fue excesivamente largo y su extinción imprevisto, debe darse lugar a recalificarlo como fijo, circunstancias que aquí concurren ya que la plaza que ocupaba la actora, estaba vinculada a la oferta pública de empleo de 16 años antes, que no fue efectiva, incumpliendo la administración demandada lo establecido en el disposición transitoria cuarta del EBEP, a la que alude en su recurso, haciéndose imprevisto la fecha de finalización del contrato lo que, como se ha dicho, determina que haya devenido indefinido no fijo y que la actora sea acreedora de la indemnización que postula, como acertadamente ha entendido el juzgador a quo, procediendo la desestimación del recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos Recurso de Suplicación número 1066/2017 formalizado por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, contra la sentencia número 339/2017 de fecha 21 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social número 41 de los de Madrid, en sus autos número 474/2017, seguidos a instancia de DOÑA Olga frente a la CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA, en reclamación de cantidad, confirmamos la resolución impugnada y condenamos a la recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones a los que se dará el destino legal, así como al pago de los honorarios de letrado de la parte recurrida en cuantía de 500 euros.

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 2828-0000-00-1066-17 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 2828-0000-00-1066-17.

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 05/11/2018 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.