



Roj: **STSJ M 12315/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:12315**

Id Cendoj: **28079340032018100743**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/11/2018**

Nº de Recurso: **381/2018**

Nº de Resolución: **800/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12315/2018,**  
**AATSJ M 24/2019**

**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:** 28.079.00.4-2017/0038451

**Procedimiento Recurso de Suplicación 381/2018**

**ORIGEN:** Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid Despidos / Ceses en general 925/2017

**Materia:** Despido

**Sentencia número: 800/18-FG**

Ilmos. Sres.

**D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO**

**Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN**

**D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ**

**D. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO**

En Madrid, a veintisiete de noviembre de dos mil dieciocho, 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 los Recursos de Suplicación 381/2018, formalizado por 1) la Letrada Dña. MARIA BLANCA PEREZ HERNANDEZ en nombre y representación de Dña. Rafaela y 2) por el Letrado de la Comunidad de Madrid en nombre y representación de SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, contra la sentencia de fecha 16/01/2018



dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 925/2017, seguidos a instancia de Dña. Rafaela frente a SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO, 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 demandante, Dña. Rafaela, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios a tiempo completo para la demandada el Servicio Madrileño de Salud, desde el 16 de junio de 2011, con antigüedad reconocida de 26-11-06, categoría profesional de diplomada en enfermería, mediante suscripción de un contrato de interinidad para cubrir provisionalmente de forma interina y hasta la conclusión de los procesos selectivos regulados en los arts. 13.2 y 3 del convenio colectivo o hasta la amortización del puesto de trabajo, la vacante nº NUM001, vinculada a la oferta de empleo público (OEP) correspondiente al año 2003, ocupando destino en el Hospital Virgen de la Poveda. En contraprestación a los servicios prestados percibía la actora un salario mensual bruto con prorrateo de pagas extras, según nóminas, de 2.050,00 euros.*

*SEGUNDO.- Por Orden de 3 de abril de 2009 (BOCM 29/06/09), se inició proceso de consolidación de empleo, que fue resuelto por resolución de 15 de junio de 2016 adjudicándose los destinos por resolución de 27 de julio de 2016 (BOCM 180 de 29/07/16).*

*TERCERO.- Por carta de fecha 10 de agosto de 2016, la demandada comunicó a la actora la extinción del contrato con efectos de 30 de septiembre de 2016, por cobertura efectiva de la plaza que venía interinando nº NUM001, mediante adjudicación de la misma tras proceso extraordinario de consolidación de empleo, para acceso a plazas de carácter laboral de categoría profesional de diplomada en enfermería, convocado por Orden de la Consejería de Presidencia de 3 de abril de 2009.*

*CUARTO.- El 24 de octubre de 2016 interpuso la actora reclamación previa, que fue desestimada por silencio administrativo. El 31 de julio de 2017, volvió a interponer reclamación previa por despido. El 31 de julio de 2017 presentó demanda, que fue repartida a este juzgado el 24 de agosto de 2017.*

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

*Con estimación de la excepción de caducidad de la acción de despido, procede estimar y estimo la pretensión de cantidad ejercitada de forma subsidiaria interpuesta por Dña. Rafaela, frente al servicio madrileño de salud debiendo condenar a la demandada al abono a la actora de la suma de 13.365,45 euros, en concepto de indemnización derivada de la extinción del contrato.*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunciaron sendos recursos de suplicación por las partes, formalizándolos posteriormente. Ambos recursos fue objeto de impugnación por la correspondiente 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 en fecha 18/05/2018, 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 15/11/2018 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:** Por el juzgado de lo Social nº 3 de Madrid se dictó sentencia con fecha 16 de enero de 2018, Autos nº 925/2017, en demanda sobre despido y reclamación de cantidad formulada por D<sup>a</sup> Rafaela frente al Servicio Madrileño de Salud. La sentencia estima la excepción de caducidad de la acción de despido y, estimando la petición subsidiaria de reclamación de cantidad, condena a la demandada en concepto de indemnización



derivada de la extinción de contrato a abonarle la cantidad de 13.365,45€. Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representación del letrado de la trabajadora con amparo procesal en los apartados b) y c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que es impugnado por la representación de la demanda. Se interpone también recurso de Suplicación por la representación letrada de la Comunidad de Madrid con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la LRJS que es impugnado.

Contestaremos en primer lugar al recurso interpuesto por la representación letrada de la demandante.

**SEGUNDO:** Con amparo procesal en el apartado b) del art. 193 de la LRJS se plantea por la recurrente dos motivos de sobre revisión de hechos que pasamos a contestar. No sin antes señalar que la reiterada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo relativa a los requisitos exigibles para acceder a la revisión fáctica, compendiados en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (recurso 95/2014) del siguiente modo:

"Tal y como nos recuerda nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2013, recurso 37/2013), los requisitos generales de toda revisión fáctica son los siguientes: "Con carácter previo al examen de la variación del relato de hechos probados que el recurso propone, han de recordarse las líneas básicas de nuestra doctrina al respecto. Con carácter general, para que prospere la denuncia del error en este trámite extraordinario de casación, es preciso que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos]. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91) -; ... 28/05/13 -rco 5/12) -; y 03/07/13 -rco 88/12) -).

1º. Como primer motivo de revisión se solicita se solicita la modificación del Hecho Probado Primero y donde expresamente dice con prorrata de pagas extras, diga "sin prorrata de pagas extras". El motivo del recurso debe de ser estimado pues así se desprende de los recibos salariales que se citan.

2º. Como segundo motivo del recurso se una nueva redacción del Hecho Probado Tercero proponiendo la siguiente redacción: "Por carta de fecha 10 de agosto de 2016, la demandada comunicó a la actora la extinción del contrato con efectos de 30 de septiembre de 2016, a pesar de no cubrir de manera efectiva la plaza que venía interinando nº NUM001 en el proceso extraordinario de consolidación de empleo, para acceso a plazas de carácter laboral de categoría profesional de diplomada en enfermería, convocado por orden de la Consejería de Presidencia de 3 de abril de 2009".

Fundamenta la revisión en el doc. 7 aportado por la recurrente, folios 24 a 34. El motivo del recurso debe de ser desestimado pues de los documentos que se cita no se desprende directamente la redacción que se solicita, careciendo del literosuficiencia probatoria. Cuando además los mismos fueron valorados por la Magistrada de instancia y de aquellos no se desprende que existiera un error patente y claro en su valoración.

**TERCERO:** Con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la LRJS se alega por la recurrente que la sentencia de instancia habría vulnerado los artículos 9, 14 y 24 de la Constitución y artículos 47 y 84 de la LRJAPAC.

En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva debemos de recordar que tal derecho no garantiza un pronunciamiento acorde con las pretensiones de la parte, sino una resolución fundada en derecho ( SSTC 10/2000 EDJ 2000/91, de 17/Enero, F. 2, 88/2004 EDJ 2004/25770, de 10/Mayo, F. 5; 172/2004 EDJ 2004/152364, de 18/octubre, F. 6). Y el TS Sala 4ª, S 3-3-1988 viene a señalar " ...que en todo proceso contencioso hay dos partes enfrentadas y que la tutela efectiva de jueces y Tribunales que toda persona tiene derecho a obtener y que ampara el ejercicio de derechos e intereses legítimos, no se deniega, sino todo lo contrario, cuando los órganos jurisdiccionales en cumplimiento de su función emiten las resoluciones que en justicia y derecho procedan, aunque no sean satisfactorias para las pretensiones de uno de los litigantes". En el presente supuesto el hecho que se hubiera estimado la excepción de caducidad de la acción de despido planteada no por ello se ha vulnerado el derecho que se cita como infringido.

Se alega en este mismo motivo que la notificación de la resolución de la relación laboral no se hizo con las debidas garantías pues en ella no se decían los recursos y plazo de interposición frente a la misma. Está planteando el recurrente una cuestión nueva que no lo fue ni en la demanda ni en el acto del juicio, lo cual no es posible como recuerda la Sentencia del T.S. de 13 de mayo de 2013 (rec.- 239/2011), es reiterada la doctrina de esta Sala de casación en la que se proclama el "criterio general de la inadmisibilidad de "cuestiones nuevas" en todo recurso. " *Criterio que tiene su fundamento en el principio de justicia rogada (epígrafe VI de la EM de*



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

Pero es que además la recurrente interpuso Reclamación Previa con fecha 24 de octubre de 2016 por lo tanto se dio por notificada y subsanado con ello los posible errores de notificación. Se argumenta también que la Administración debe de resolver en plazo y de no ser así se aplicaría el silencio positivo. Tal alegación también debe de ser desestimada y pues conforme el art 69.2 y 3 de la LRJS, antes de la reforma operada por la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuando aún se contemplaba que era preceptivo la interposición de la Reclamación Administrativa Previa a la interposición de la demanda de despido, se establece un plazo para contestar, un mes y de no contestar se entiende que es negativo. Por lo tanto la reclamación Administrativa Previa interpuesta por la recurrente la con fecha 24 de octubre de 2016 se entiende denegada por haber transcurrido un mes sin haber sido contestada y ello conforme a los artículos citados, pudiendo y debiendo interponerse demanda pues de no ser así continuarían corriendo el plazo para la interposición de aquella, tal y como se razona por la Magistrada de instancia en la sentencia recurrida FJ 2º. Y la demanda se interpone con fecha 24-8-2017, habiendo transcurrido en exceso el plazo de 20 días hábiles, plazo que es de caducidad, conforme los artículos 59.2 del ET y 103 .1 de la LRJS. Sin que tenga efecto alguno la nueva Reclamación Previa interpuesta con fecha 31 de julio de 2017, pues además de haber caducado la acción de despido a la referida fecha, debemos de tener en cuenta la reforma operada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre entre otros en el art 69 de la LRJS ya no era necesaria la interposición de la reclamación previa .

En consecuencia el motivo del recurso debe de ser desestimado.

**CUARTO:** Con igual ampro procesal se alega que la sentencia de instancia habría infringido el art 94 de la LRJS al haber valorado indebidamente la prueba. No puede admitirse la infracción normativa denunciada, ya que, como ha declarado el Tribunal Constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara la valoración de la prueba conforme a las pretensiones ejercitadas por la recurrente, sino el derecho de los litigantes a "una valoración de la prueba que no sea manifiestamente irrazonable o totalmente infundada, absurda o notoriamente errónea" ( SSTC nº 484/1984 de 26 de julio y 301/1996 de 25 de octubre), y que únicamente cabe apreciar indefensión por la valoración de la prueba cuando exista "una defectuosa utilización de las reglas rectoras de la carga de la prueba" ( STC nº 140/1994 de 9 de mayo), o "por prescindir de la contemplación racional de la prueba de una de las partes" ( STC nº 63/1993 de 1 de marzo), circunstancias que no concurren en el presente caso. Pero es que además a la trabajadora se le reconoce en la sentencia recurrida la condición de indefinida no fija FJ3º, sin que ello conlleve necesariamente la indemnización por la extinción de la relación laboral como de un despido improcedente. Teniendo en cuenta en primer lugar que la acción de despido está caducada. Pero es que en todo caso debemos de recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de fecha 19 de mayo de 2015 (Rec 2552/2014) y de fecha 18-5-2015 (Rec 2135/2015) que plantean si es ajustada a derecho la extinción de un contrato de interinidad respecto de una plaza vacante en la Administración (SERMAS), vinculada a oferta de Empleo Público, promoción profesional específica, fruto del cual se produjo la incorporación de quien superó el proceso en la plaza que ocupaba la actora. La Sala tras recordar la jurisprudencia sobre que el contrato de interinidad para cubrir una plaza pendiente de cobertura reglamentaria dura todo el tiempo que dure el proceso de cobertura de la plaza, produciéndose la extinción, salvo que la plaza se amortice, sólo con la cobertura real de la vacante.

**SEXTO:** Como motivos del recurso quinto y sexto, que contestaremos conjuntamente para evitar repeticiones innecesarias, se alega la vulneración de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, motivo Quinto, que entiende la parte recurrente haberse infringido. Que entendemos no son aplicables al caso y es que la actora interpuso recurso de Reclamación Previa por lo que se dio por notificada y ninguna indefensión de le ha causado, remitiéndonos a lo ya razonado al contestar los anteriores motivos del recurso. Como Sexto motivo del recurso se alude a una sentencia de la Sala de lo Social del TS de fecha 23-1-2004, insistiendo que debe





aplicarse el silencio positivo ante la falta de resolución expresa de la Reclamación Previa. El motivo debe desestimarse pues además de que la sentencia alegada no contempla un supuesto como el aquí enjuiciado, el silencio debe entenderse negativo conforme a lo antes ya razonado.

Por todo lo cual, no habiéndose planeado ningún otro motivo debe desestimarse el recurso interpuesto por la trabajadora.

**QUINTO:** Con amparo procesal en el apartado c) de art. 193 de la LRJS, se alega por la representación letrada de la Comunidad de Madrid que la sentencia de instancia habría infringido los art 49 del Estatuto de los Trabajadores y 8 del RD 2720/1998 y ello al haberle reconocido a la trabajadora la indemnización de 20 días de salario con el límite de doce mensualidades.

El motivo del recurso debe desestimarse y ello siguiendo el criterios de esta Sección 3ª de esta Sala de lo Social, entre otras en Sentencia de fecha 25-10-2018, para un supuesto sustancialmente idéntico y ello con base a los siguientes argumentos : " 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 E.B.E.P., 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. "

Por todo lo cual el recurso interpuesto por la representación letrada de la Comunidad de Madrid debe de ser desestimado.

**SEXTO:** No procede la imposición de costas a la trabajadora recurrente al gozar del beneficio de justicia gratuita; procediendo la imposición a la Comunidad de Madrid al no gozar del beneficio de justicia gratuita y haberse desestimado el recurso que fue objeto de impugnación, art 235.1 de la LRJS, fijándose los honorarios del letrado impugnante en 600€

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por las representaciones letradas de Dña. Rafaela y el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, contra la sentencia de fecha 16/01/2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 925/2017, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Se acuerda la condena en costas de la recurrente SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD fijándose los honorarios del letrado impugnante en 600€; sin que proceda la imposición de costas a la trabajadora.

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 2828-0000-00-0381-18 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 2828-0000-00-0381-18.

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 04/12/2018 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.