



Roj: **STSJ M 10510/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:10510**

Id Cendoj: **28079340022018101027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **19/09/2018**

Nº de Recurso: **548/2018**

Nº de Resolución: **943/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SANTIAGO EZEQUIEL MARQUES FERRERO**

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

34002650

NIG: 28.079.00.4-2017/0015740

Procedimiento Recurso de Suplicación 548/2018-L

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 03 de Madrid Procedimiento Ordinario 494/2017

Materia: Reclamación de Cantidad

Sentencia número:943-2018

Ilmos. Sres

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a diecinueve de septiembre de dos mil dieciocho 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 548/2018, formalizado por el/la Sr. ABOGADO DEL ESTADO en nombre y representación del MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL , contra la sentencia de fecha 19.02.2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 03 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 494/2017, seguidos a instancia de D/Dña. Romulo frente a MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL , en reclamación por Reclamación de Cantidad, 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:

1º.- En el Ministerio de Empleo y Seguridad Social se creó una bolsa de trabajo para la contratación de trabajadores temporales con el propósito de realizar suplencias para sustituir a trabajadores fijos en el Centro de Acogida a Refugiados de Vallecas (CAR de Vallecas), con sujeción al III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

2º.- Mediante negociación entre los representantes sindicales y los representantes del Centro se acordaron los criterios para llevar a cabo esta contratación, fijándose la obligatoriedad de hacer convocatoria a través del Servicio Público de Empleo Estatal y fijando un baremo para aplicar en la selección de los candidatos según el cual se valorasen los méritos profesionales con un máximo de 80 puntos y los méritos formativos con un máximo de 20 puntos.

3º.- En reunión de 25 de marzo de 2015, celebrada entre los representantes de los trabajadores y los representantes del CAR de Vallecas, se acordó ampliar el listado para la contratación de la suplencia de un trabajador de la categoría de Ayudante de Actividades Técnicas y Profesionales (camarero-limpiador), teniendo en cuenta los criterios de selección ya fijados, la realización de una prueba práctica y una entrevista.

4º.- En la misma reunión se confeccionó un listado nuevo con 18 candidatos seleccionados en el que el interesado aparecía en primer lugar.

5º.- En el seno de la Subcomisión Delegada de la CIVEA de 26 de marzo de 2015 se acordaron los criterios para el número de orden en el listado de candidatos para las suplencias.

Se establecieron tres criterios:

1.- A los candidatos se les dará un plazo de respuesta de 48 horas para el caso de vacaciones programadas y en el caso de contratos de incorporación inmediata se ira llamando por orden riguroso de lista hasta localizar un candidato disponible, sin dar plazos.

2.- Pasarán los candidatos al último puesto del listado en los siguientes supuestos:

Al superar los 6 meses de trabajo y al candidato que se le llame tres veces sin haberle localizado.

3.- Se eliminarán del listado de candidatos en los siguientes supuestos:

-Al candidato que se avise para una suplencia y no justifique la no presentación al puesto con contrato de trabajo o enfermedad debidamente acreditada.

-Al candidato que esté realizando una suplencia y pida la rescisión voluntaria del contrato, salvo que acredite con contrato de trabajo ser fijo discontinuo, en cuyo caso pasará al último puesto del listado.

6º.- Al ser el actor primero en el listado determinado el 25 de marzo de 2015, suscribió tres contratos de interinidad para sustitución de trabajadores durante sus vacaciones anuales:

El primero del 31 de octubre al 6 de noviembre de 2015.

El segundo del 30 de noviembre al 7 de diciembre de 2015.

Y el tercero del 14 al 29 de diciembre de 2015.

En todos ellos ostentando el actor con la categoría de Ayudante de Actividades Técnicas y Profesionales, Grupo Profesional 5, área Funcional 2, y con un salario mensual bruto de 1.299,81 euros, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

7º.- Los tres contratos suman un total de 31 días de trabajo efectivo, por lo que, aplicando los criterios aprobados en la reunión de la Subcomisión Delegada de la CIVEA de 26 de marzo de 2015, el actor continuaba en el primer puesto del listado y tenía derecho a ser llamado para firmar el siguiente contrato de sustitución que se produjera.



8º.- El día 16 de febrero de 2016, al producirse una vacante por Incapacidad Temporal de la trabajadora doña Margarita en el CAR de Vallecas, el actor no fue llamado para firmar el correspondiente contrato de sustitución, a pesar de mantenerse en el primer puesto del listado y no encontrarse trabajando en esa fecha.

9º.- En su lugar, fue llamada doña Micaela, que se encuentra prestando servicios desde el 16 de febrero de 2016.

10º.- Hasta la fecha del presente escrito, estando vigente de forma ininterrumpida el contrato de interinidad señalado, el actor ha prestado servicios para el CAR de Vallecas en virtud de los siguientes contratos de interinidad para la misma categoría profesional e idénticas retribuciones:

Del 21 de mayo al 31 de agosto de 2016: 103 días.

Del 27 de diciembre de 2016 al 8 de enero de 2017: 13 días (5 de 2016 y 8 de 2017).

Del 4 al 14 de febrero de 2017: 11 días.

11º.- El actor interpuso reclamación previa el 14 de febrero de 2017, que fue inadmitida mediante resolución del Ministerio demandado de 24 de febrero de 2017, notificada al interesado el 3 de marzo de 2017, por entender que se ha suprimido la reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles y laborales por la entrada en vigor de la ley 39/2015.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que, estimamos la demanda promovida por don Romulo frente a MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. DECLARANDO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO, **condenando a la demandada al abono de la cantidad de 12.851,76 euros** en concepto de indemnización por los salarios dejados de percibir, cantidad que devengará el interés prevenido en el artículo 29.3 del TRET".

CUARTO: La sentencia objeto de Recurso de Suplicación fue aclarada por el Juzgado de lo Social de instancia, mediante auto de fecha de cinco de marzo de 2018 en cuya parte dispositiva constaba lo siguiente:

Se acuerda **ACLARAR** la Sentencia dictada el día 19/02/2018, en el sentido de suprimir del fallo la referencia a la declaración de improcedencia del despido, por lo que queda redactado de la siguiente forma:

"**ESTIMAR** la demanda promovida por don Romulo frente a MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, **condenando a la demandada al abono de la cantidad de 12.851,76 euros** en concepto de indemnización por los salarios dejados de percibir, cantidad que devengará el interés prevenido en el artículo 29.3 del TRET."

QUINTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte MINISTERIO EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

SEXTO: 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 04/05/2018, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEPTIMO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 19 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 19 de febrero de 2018, aclarada por Auto de fecha 5 de marzo de 2018, en Autos nº 494/2017, que estimó la demanda sobre reclamación de cantidad formulada por D. Romulo frente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Solicitaba el actor que se condenara al Ministerio demandado a abonarle la cantidad de 12.851,76€ en concepto de indemnización por salarios dejados de percibir al no haber respetado su derecho a ser contratado desde el 16 de febrero de 2016 en virtud de un contrato temporal para la sustitución de la trabajadora del CAR de Vallecas, doña Margarita, de baja por IT. Pues tenía preferencia para ser contratado al figurar el primero en la bolsa de contratación aprobada en su día en lugar de la trabajadora contratada D^a Micaela, extremo este que se cuestiona. Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación el Abogado del Estado en representación del Ministerio demandado, recurso que ha sido impugnado por la representación letrada del trabajador.

SEGUNDO: Con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la LRJS se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia habría infringido lo dispuesto en el art 2n) de la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social en relación con el art 1.1 y 2 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso



Administrativa y ello por considerar que existe una falta de jurisdicción del orden Social para conocer del pleito y ello partiendo de dos argumentos que pasamos a exponer

Así en primer lugar se argumenta que el hecho que exista una bolsa de trabajo no presupone una relación laboral sino una expectativa, por lo que considera que las actuaciones de la Administración para con el demandante no contratado son actuaciones administrativas no incardinables en el derecho laboral. Y en segundo lugar que en todo caso sería incompetente el Orden Jurisdiccional Social, pues aún cuando se entendiera que las cuestiones derivadas de la inclusión en las bolsas de trabajo sí son competencia del citado Orden Jurisdiccional no ocurría igual con la pretensión ejercitada de reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración.

No habiéndose impugnado los hechos declarados probados a ello debemos de estar y que constando en los Antecedentes de Hecho de esta Sentencia a ellos nos remitimos. No obstante debemos de recordar que no se cuestiona que en su día se constituyó una bolsa de contratación en el Centro de Acogida a Refugiados de Vallecas en la que el acto figuraba el primero y que al producirse la vacante por Incapacidad Temporal de la trabajadora D^a Margarita el 16 de febrero de 2016, a pesar que el actor estaba en el primer puesto de la lista y no encontrándose trabajando en esa fecha no fue contratado, siendo contratada en su lugar D^a Micaela. Tampoco se cuestiona que fue mediante la negociación con los representantes de los trabajadores donde se alcanzaron los acuerdos para la contratación los criterios y meritos profesionales para la selección y valoración de candidatos así como la confección de la lista de los candidatos seleccionados siendo el actor quien consta en primer lugar.

Conviene precisar, ante la invocación de doctrina que la STS de 28-4-2015 (rec. 90/2014) (EDJ 2015/129737) y otras en igual sentido como las SSTs/4^a de fecha 5-10-2016 (rec. 280/2015) y 26-4-2016 (rec. 2061/2014) y la del mismo Tribunal y Sala de fecha 11-7-2012 (rec. 3128/2011). Parten del necesario análisis de la actuación de la Administración frente a una bolsa de empleo contemplada en el Convenio Colectivo aplicable. Y, cuando la vigencia de las bolsas de empleo y su validez no aparece discutida, en las demandadas de conflicto colectivo seguidas.

Así la STS de fecha 5-10-2016 R^o 280/2015, ha vengo a señalar: "*Pues bien, a este respecto, para evitar confusiones, debemos traer a colación nuestra doctrina unificadora relativa -a reclamaciones individuales de integrantes de las bolsas de trabajo cuando entienden haber sido preteridos en el llamamiento- plasmada en dos sentencias del Pleno de la Sala de 14 de octubre de 2000 (rs 3647/98 y 5003/98), reproducida por otras posteriores, como las de 7/2/2003 (rcud 1585/03) y la de 16/4/2009 (rcud. 1355/08), que resume la doctrina del siguiente modo:*

"... La cuestión relativa a las bolsas de trabajo en la Administración Pública, en palabras de nuestra sentencia de 7 de febrero de 2003 (Rec. 1585/02), "había sido resuelta por esta Sala de manera contradictoria, hasta que, para unificar criterios y dar una respuesta uniforme a estos supuestos, se convocó la Sala General que emitió dos sentencias, ambas de 14 de octubre de 2000 (recursos 3647/1998 y 5003/1998), en las que se acogió la tesis que ya había sostenido la Sala de Conflictos de este Tribunal en sus autos de 6 de marzo de 1.996 y 26 de junio de 1.998".

La doctrina unificada por las mencionadas sentencias del Pleno de la Sala, seguida luego por otras, como la ya mencionada de 7 de febrero de 2003 (R. 1585/02) y la de 3 de mayo de 2006 (R. 642/05), atribuye el conocimiento de estas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso administrativo, basándose en las razones que pasamos a exponer literalmente:

"1) Aunque estemos ante una contratación laboral -los puestos de trabajo que se convocan tienen este carácter-, siempre que se trate de contratación 'externa o de nuevo ingreso', y no de una promoción interna en donde la administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador (esto no sucede en las convocatorias de nuevo ingreso, aun cuando hubiese preexistido un contrato temporal, pues está extinguido o finalizado, y por ello, no puede vincular la competencia a una u otra jurisdicción); en tales supuestos, está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas.

2) La actuación de la administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues está obligada a seguir lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y preceptos concordantes del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo (EDL 1995/13303), por el que se aprueba el Reglamento General del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Provisión de puestos de Trabajo, que constituyen el Ordenamiento fundamental en la prestación de servicios para la función pública, normas que tienen carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las administraciones públicas no incluido en el ámbito de su aplicación (art. 1.5 de la Ley



30/1984 (EDL 1984/9077)), siendo aplicables, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por lo que la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa, como señala entre otras, la aludida sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1998 .

3) Como ya pusieron de relieve las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1997 (recurso 2372/97) y de 19 de enero de 1999 (recurso 1857/98), en este tipo de casos no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras 'expectativas de derechos' a los mismos. Y siendo esto así, frente a lo en ellas sostenido, la incompetencia de la Jurisdicción es clara, puesto que dichas meras 'expectativas' ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato que de existir, sí quedaría comprendido en el ámbito del Orden Social de la Jurisdicción; todo ello con independencia de que las 'listas' controvertidas hayan sido elaboradas por la Administración Pública, bien en virtud de reglas o bases contenidas en normas reglamentarias, bien como consecuencia de acuerdos con las Organizaciones sindicales."

Esta doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (EDL 2011/222121) (LRJS), que atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

En el supuesto enjuiciado tal y como se recoge en el HP 1º de la sentencia recurrida, la bolsa de trabajo fue creada con sujeción al III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado , mediante negociación con los representantes sindicales se acordaron los criterios para la selección de candidatos y se confeccionaron las listas definitivas de candidatos (HP 2º y 3º) . Por ello entendemos que es competente el Orden Jurisdiccional Social para conocer de la reclamación del actor y no solo en cuanto a su preferencia a ser contratado en lugar de la trabajadora contratada Dª Micaela lo que además es reconocido por la demandada (folio 59). Sino también para reclamar las consecuencias de la falta de llamamiento, que es que se le abonen los salarios dejados de percibir y que en todo caso tendría su amparo en el art. 30 del ET, la administración actúa como empresario dentro de un marco laboral y aplicando normas de carácter laboral, respecto de un trabajador que tenía el derecho a ser contratado y como consecuencia de esa falta de contratación por causa imputable al empleador reclama se le abonen los salarios dejados de percibir, cuya cuantía no se discute. Entendiendo en definitiva que sí es competente la Jurisdicción Social para conocer del derecho del actor a ser llamado, como antes ya hemos expuesto, debe serlo también , en aplicación de la doctrina antes expuesta, para conocer de las consecuencias de tal falta de llamamiento, en este caso reclamación de los salarios dejados de percibir.

Por todo lo cual, procede la desestimación de este primer motivo del recurso en el que se alegaba la falta de competencia del Orden Jurisdiccional Social .

TERCERO: Con igual amparo procesal se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia habría infringido lo dispuesto en el art 121.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, pues entiende que la parte recurrente debió de impugnar el acto del nombramiento de su compañera y que por ello no puede reclamarse una indemnización por daños sin haber atacado la legalidad del citado acto .

La parte recurrente , para fundamentar este motivo del recurso , parte de una premisa que actor tenía conocimiento del nombramiento (contratación) de la trabajadora Dª Micaela , lo que no consta en los hechos declarados probados ni se ha probado, que la contratación de la citada trabajadora , Dª Micaela , hubiera sido notificada al trabajador recurrente, arts 58 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , arts 40 y ss de la Ley 39/2015, de 1 de octubre , del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En consecuencia si no consta su notificación, para poder impugnarlo, no se le puede imputar al trabajador demandante, las potenciales consecuencias que hubiera tenido el no haber impugnado la decisión de la Administración de contratar a la citada trabajadora en lugar de al trabajador demandante.

Por todo lo cual este motivo del recurso debe de ser desestimado, confirmándose con ello la sentencia recurrida.

CUARTO: Se condena en costas a la parte recurrente al no gozar del beneficio de justicia gratuita, 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 el recurso de suplicación interpuesto por la representación de MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 19.02.2018 dictada por el juzgado de lo social nº3 de Madrid en los autos núm.494/2017, seguidos a instancia de D. Romulo , confirmando íntegramente la misma.

Se acuerda la imposición de costas a la parte recurrente fijándose los honorarios del letrado impugnante en 600€

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 2827-0000-00-0548-18 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 2827- 0000-00-0548-18.

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

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

A CONTINUACIÓN, VOTO PARTICULAR

QUE EMITE EL ILMO. SR. MAGISTRADO-JUEZ D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO FRENTE A LA ANTERIOR SENTENCIA:

De la anterior sentencia que ha sido acordada por mayoría de votos de los lltmos. Sres. Magistrados que componen el Tribunal cabe destacar los siguientes hechos:

1º. El recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado en representación del ministerio demandado únicamente alega una infracción de determinados preceptos legales, lo que cita detalladamente en su escrito de recurso, que considera que se han aplicado indebidamente en la instancia, motivo por el cual en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia que resuelve (el recurso de suplicación) se dice



textualmente que : "No habiéndose impugnado los hechos declarados probados a ello debemos de estar y que constando en los Antecedentes de Hecho de esta Sentencia a ellos nos remitimos.

2º En los hechos probados 6ª a 10º de la sentencia de la instancia se hace constar que " 6º.- Al ser el actor primero en el listado determinado el 25 de marzo de 2015 , suscribió tres contratos de interinidad para sustitución de trabajadores durante sus vacaciones anuales:

El primero del 31 de octubre al 6 de noviembre de 2015.

El segundo del 30 de noviembre al 7 de diciembre de 2015.

Y el tercero del 14 al 29 de diciembre de 2015.

En todos ellos ostentando el actor con la categoría de Ayudante de Actividades Técnicas y Profesionales, Grupo Profesional 5, área Funcional 2, y con un salario mensual bruto de 1.299,81 euros, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

7º.- Los tres contratos suman un total de 31 días de trabajo efectivo, por lo que, aplicando los criterios aprobados en la reunión de la Subcomisión Delegada de la CIVEA de 26 de marzo de 2015, el actor continuaba en el primer puesto del listado y tenía derecho a ser llamado para firmar el siguiente contrato de sustitución que se produjera.

8º.- El día 16 de febrero de 2016, al producirse una vacante por Incapacidad Temporal de la trabajadora doña Margarita en el CAR de Vallecas, el actor no fue llamado para firmar el correspondiente contrato de sustitución, a pesar de mantenerse en el primer puesto del listado y no encontrarse trabajando en esa fecha.

9º.- En su lugar, fue llamada doña Micaela , que se encuentra prestando servicios desde el 16 de febrero de 2016.

10º.- Hasta la fecha del presente escrito, estando vigente de forma ininterrumpida el contrato de interinidad señalado, el actor ha prestado servicios para el CAR de Vallecas en virtud de los siguientes contratos de interinidad para la misma categoría profesional e idénticas retribuciones:

Del 21 de mayo al 31 de agosto de 2016: 103 días.

Del 27 de diciembre de 2016 al 8 de enero de 2017: 13 días (5 de 2016 y 8 de 2017).

Del 4 al 14 de febrero de 2017: 11 días."

De estos hechos probados se deduce, en primer lugar, que como alega el Abogado del estado en su escrito de recurso "La inclusión en una bolsa de trabajo no supone que exista una relación jurídico-laboral con la Administración convocante, existiendo una mera expectativa, que son quedo acreditado por el demandante que el momento en que se procedió a la contratación de una persona situada por detrás de él en el orden de nombramientos existiera ni siquiera un precontrato.

La principal consecuencia de esta configuración es que las actuaciones de la Administración

para con el demandante no contratados son actuaciones administrativas puras no incardinables en el derecho laboral, correspondiendo su conocimiento al orden jurisdiccional

contencioso administrativo.

En este sentido se pronuncia la STSJ Madrid 518/2015, de 19 de junio, cuyos acertados fundamentos hacemos nuestros.

Añadiéndose a todo lo anterior que el Ministerio Fiscal también se mostró conforme

a los alegatos expuestos por esta parte, según consta en su escrito de 12 de febrero de 2018.

1.2.- Pero en todo caso, como ya se manifestó en la primera instancia, aun cuando se

entendiera que las cuestiones derivadas de la inclusión en bolsas de trabajo sí son competencia del Orden Social, no ocurre igual con la pretensión realmente ejercitada que no es otra que una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración General del Estado.

En efecto, nos encontraríamos ante al reclamación de un indemnización por un

daño respecto del que debería probarse su carácter efectivo, antijurídico, evaluable económicamente y respecto del que además no existiría deber jurídico de soportar.

En definitiva, concurren todas las circunstancias previstas en los artículos 32 y 34 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Consecuencia de lo anterior, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 2 e



de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

*e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, **no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social**, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.*

En este sentido, sobre la jurisdicción competente en materia de reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial, se pronuncia la sentencia 1665/2015, de 3 de septiembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada:

Pues bien, la censura jurídica no puede ser estimada por el primer argumento, ya que disponibilidad a ser contratada no equivale al concepto técnico jurídico de contrato de puesta a disposición, propio de las ETTs. Ahora bien, si que la nueva LRJS (LA LEY 19110/2011) establece ciertas novedades muy relevantes en la delimitación de competencias en el orden administrativo y social ajenas a la materia objeto de debate, no reviste trascendencia en esta litis ya que la cuestión litigiosa gira en torno a la expectativa a ser contratada como personal laboral fruto del concurso de méritos libre convocado para cobertura de 55 plazas de técnico auxiliar de limpieza, en que no obtuvo puntuación para obtener plaza, sino sólo para figurar en la lista de la bolsa de trabajo para ser contratada en el futuro, pero con pretendida mejor puntuación, es decir, estamos ante una expectativa de derecho para obtener mejoras de puntuación en la lista de sustituciones, frente a otra trabajadora concreta que resultó beneficiada por servicios profesionales que no le hubieran correspondido, al tener puntuación preferente la actora en anterior convocatoria, impugnándose la resolución administrativa de un organismo público, acumulándose la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por el deficiente o anormal funcionamiento de un servicio público por su falta de llamamiento, consecuencia de haber ostentado ya con la administración demandada servicios previos no valorados. Esta última cuestión claramente se incardina en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa, ex art 2, e de la LRJCA (LA LEY 2689/1998) .

Por lo demás, la demandada tampoco discute la inexistencia de anteriores contratos laborales concertados con ella como afirma o bien la exclusiva existencia de nombramientos de tipo administrativos temporales, a fin de verificar tampoco qué tipo de previas relaciones laborales o administrativas que concedían méritos o puntuación previa ostentó y que conllevó la rectificación de la puntuación en febrero de 2013, ya que ello no es preciso al finalizar aquellos y referir el debate a futuras contrataciones como trabajadora. La consecuencia pues es que al discutir de nuevo la baremación y puntuación de sus méritos por servicios previos, para obtener una contratación laboral en mejores condiciones, y consecuente otorgamiento de antigüedad como mérito, lo que por lógica entraña de estimarse aquella pretensión también la posibilidad de generar daños y perjuicios de tipo económico, resarcibles que pueden ser reclamados por la actora, este orden jurisdiccional no sea competente, pues aunque ya se pudo ostentar en su día la condición previa de trabajadora de la demandada, aquellos vínculos estaba finiquitados. En consecuencia, desestimamos

**el recurso y confirmamos el auto.**

1.3.- Por todo lo expuesto anteriormente, la sentencia recurrida -dicho sea con el debido respeto y en estrictos términos de defensa- incurrió en la infracción indicada a apreciar la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la exclusión de una bolsa de trabajo.

SEGUNDO.- Formulado al amparo del art. 193.c de la LRJS por entender infringido el artículo 121.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, por tratarse de actos firmes al no haber sido recurridos en tiempo y forma.

El citado artículo dispone:

- 1. El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.*

Este segundo motivo también se opuso por excepción en el acto de la vista justificando su invocación en que el actor debió haber impugnado el acto de nombramiento de su compañera en el momento en que se efectuó, pues en el caso contrario, el mismo incurrió firmeza.

Transcurrida la firmeza, y constando en la documental aportada por esta parte que el actor conoció desde el mismo momento que se efectuó, el nombramiento de su compañera, debió haberlo impugnado, no pudiendo esperar a su finalización para así aprovecharse de una mayor indemnización.

Y ello es así porque no puede reclamarse una indemnización por daños si haber atacado la legalidad del acto de nombramiento.

Consecuencia de lo anterior, si no se ataca el acto, éste surte todos sus efectos, incluyendo su presunción de legitimidad.

Por ello, no puede derivarse daño alguno de un acto administrativo plenamente válido por lo que no puede hablarse de cómputo de prescripción a contar desde que se conoce el daño, pues dicho daño se derivaría de un acto que ha surtido todos los efectos de su validez.

Los argumentos jurídicos contenidos en el escrito del recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del estado se han transcrito íntegramente porque este Magistrado que emite el VOTO PARTICULAR centra la sentencia antes referida participa de los mismos en su totalidad. Empezando por la cuestión de competencia de esta jurisdicción del orden social pues considera, lo mismo que el Ministerio Fiscal, que es de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa por dos razones básicas: el demandante interesa la interposición que postula en su demanda no por daños derivados de una relación contractual laboral en concreto sino de una no relación contractual laboral, se produjo el daño que pretende le sea indemnizado no tenía ninguna relación contractual laboral con el "Ministerio demandado y el artículo 1.101 del Código Civil dice que: " Quedan sujetos a la indemnización y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella". Aquella obligación no era de naturaleza laboral porque no existía durante los meses que el actor quiere que se le indemnicen los daños y perjuicios ninguna relación contractual laboral con el Ministerio demandado.

Se trata, pues, de unos daños que, en todo caso, se derivarían de una mala praxis de la Administración que deben ser reclamados ante la jurisdicción contencioso-administrativa que es la competente por razón de la materia.

La segunda razón que debe oponerse a la pretensión del actor a modo de hipótesis, si esta jurisdicción fuera la competente para conocer y resolver lo interesado en su demanda es que la susodicha indemnización por daños requiere siempre de una conducta dolosa, negligente o morosa parte del obligado a resarcir tales daños.

Teniendo en cuenta que el actor había sido llamado en tres ocasiones -del 31 de octubre al 6 de noviembre de 2015; del 30 de noviembre al 7 de diciembre de 2015, y del 14 al 29 de diciembre de 2015, para suscribir sendos contratos de trabajo de interinidad no cabe atribuir al Ministerio una actitud dolosa, ni negligente ni morosa



para que el 16.02.2016 se contratara a Doña Micaela para cubrir una vacante dejada por una trabajadora del centro que se hallaba en situación de incapacidad temporal que ocupaba el número DOS En la lista de la bolsa de trabajo, cuando el actor ha vuelto a ser llamado para suscribir unos contratos de interinidad del 21 de mayo al 31 de agosto de 2016; del 27 de diciembre de 2016 al 8 de enero de 2017 y del 4 al 14 de febrero de 2017.

Esta actitud del Ministerio es incompatible con cualquier tipo de conducta voluntaria e intencionadamente dañina para los intereses del actor y si no hay causa no hay efecto, es decir, si no hay culpa no hay daños que indemnizar derivados de una inexistente causa.

El actor además cuantifica los daños en la suma equivalente a los meses transcurridos desde el 16 de febrero de 2016 cuando el 21 de mayo volvió a ser contratado interinamente, lo que supone que entre ambas fechas no habían transcurrido sino tres meses y cinco días .

Hace un cálculo aleatorio que por no fundado y acreditado no podría serle estimado pues todos los contratos de interinidad también el que se suscribe para cubrir una vacante por incapacidad temporal de un titular, son de duración incierta.

En todo caso, el actor no impugna este contrato de interinidad suscrito el 16 de febrero de 2016 por Doña Micaela en base a sus legítimas expectativas para cubrir la vacante de Doña Margarita en el CAR de Vallecas motivada por una situación de incapacidad temporal.

Sólo pide la indemnización de siete meses de salario pero si no impugna esa cantidad de la que dice derivarse unos daños lo admite tácitamente y no es de aplicación el principio general del derecho doctrina de los actos propios " *Venire contra factum proprium non valet*" según lo cual no está permitido y deber ser inadmitidos las actuaciones contra los propios actos hechos con anterioridad. Se prohíbe en virtud de este Principio General del Derecho que una persona pueda ir contra sus propios actos hechos con anterioridad para limitar los derechos de otra que había actuado de buena fe.

Este Principio General del Derecho constituye un límite al ejercicio de un derecho subjetivo como consecuencia de la exigencia de observar dentro del tráfico jurídico un comportamiento coherente lo que no ha hecho el actor en su demanda que debía haberla presentado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que es la competente para conocer y resolver la cuestión litigiosa que actúa en su demanda.

Por lo que el autor de este VOTO PARTICULAR llega a la conclusión de que esta jurisdicción del orden social no es la competente por razón de la materia para conocer de este litigio que, además, ha sido interpuesto con material falta de acción, de legitimación activa por parte del demandante al que, de entrar a conocer y resolver el fondo del litigio, debería habérsele desestimado su demanda.

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.