



Roj: **STSJ M 6774/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:6774**

Id Cendoj: **28079340032018100395**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/06/2018**

Nº de Recurso: **922/2017**

Nº de Resolución: **442/2018**

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

34001360

**NIG** : 28.079.00.4-2016/0043509

**Procedimiento Recurso de Suplicación 922/2017**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid Despidos / Ceses en general 969/2016

**Materia** : Despido

**Sentencia número: 442/2018-C**

**Ilmos. Sres**

**D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO**

**Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN**

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

En Madrid, a 19 de junio 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 922/2017 formalizado por el letrado DON JUAN CARLOS BLANCO NIETO en nombre y representación de DOÑA Gracia , contra la sentencia número 275/2017 de fecha 19 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social número 34 de los de Madrid , en sus autos número 969/2016, seguidos a instancia de la recurrente frente al SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, en reclamación por despido, 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:

*"Hecho probado 1º.- Presta la demandante sus servicios por cuenta de la demandada desde el 1 de Julio de 1999, con categoría profesional de Auxiliar de lencería y salario mensual total de 1.645,65 euros.*

*Hecho probado 2º.- Que su contratación tuvo lugar mediante la suscripción por escrito en dicha fecha de un contrato de interinidad para la cobertura provisional de la vacante 11.524 en el centro de trabajo Hospital Universitario Gregorio Marañón vinculada a la Oferta Pública de Empleo del año 2000, con duración hasta la conclusión de los procesos selectivos.*

*Hecho probado 3º.- Por comunicación de 28 de Septiembre de 2016 se le participa la extinción de su contrato de trabajo con efectos de 30 de Septiembre de 2016 por haberse cubierto en propiedad la vacante que ocupaba. Se da por íntegramente reproducida.*

*Hecho probado 4º.- Que la referida vacante ha sido cubierta en propiedad en procedimiento de consolidación de empleo por DOÑA Raquel ."*

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

*" que debo desestimar íntegramente la demanda interpuesta por DOÑA Gracia contra COMUNIDAD DE MADRID (AGENCIA MADRILEÑA DE ATENCION SOCIAL- CONSEJERIA DE POLITICAS SOCIALES Y FAMILIA) y, a su tenor, previa declaración de inexistencia de Despido o Extinción por causas objetivas, debo absolver libremente a ésta de los pedimentos contenidos en la Súplica del escrito iniciador del procedimiento."*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por la LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14 de noviembre 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 19 de junio 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

**ÚNICO .-** Con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia por la recurrente la infracción del artículo 14 de la Constitución , clausula 4 apartado 1 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, directiva 1999/70 del Consejo, artículos 4.2.c ) , 15.6 , 17 , 51 , 52.c ) , 53.1b ) y 49.1.c) del estatuto de los Trabajadores , 108 y 110 de la citada ley procesal, en relación con la jurisprudencia que cita, por considerar que el cese ha de ser indemnizado como despido improcedente o con 20 días de salario por año.

Por la parte demandada se alega en su escrito de impugnación que se trata de un cese conforme a derecho por haberse cubierto la vacante, sin derecho a indemnización.

La sentencia del TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, dictada en el asunto C-677/16 , **Montero Mateo**, que resuelve la cuestión prejudicial planteada en un asunto como en el que nos ocupa, señala lo siguiente:

*"En el caso de autos, la Sra. Zaira no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo."*



Con lo cual el Tribunal europeo se muestra en sintonía con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo respecto de la recalificación de los contratos temporales fraudulentos o no ajustados a las previsiones legales, que en el seno de las administraciones públicas, devienen en contratos indefinidos no fijos, dado que al tratarse en este caso, como en el que es objeto de la cuestión prejudicial, de un organismo público empleador, ni el juzgado ni el tribunal puede recalificar el contrato como fijo, sino, de acuerdo con tal doctrina, como indefinido no fijo.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta lo señalado por el Tribunal europeo, en el presente caso el contrato que nos ocupa tuvo una duración aún mucho más dilatada que el que examina, al haberse iniciado la relación el 1999, por lo que es evidente que la demandada excedió con mucho la duración que previsiblemente podía durar un contrato de esta naturaleza, porque es inaudito que el proceso para la cobertura de una vacante dure cerca de veinte años.

La resolución impugnada considera que la actora no era indefinida no fija por estimar el juzgador a quo que no es de aplicación el artículo 70 del EBEP, lo que no compartimos, 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 deviene 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 julio de 1999, habiéndose prolongado durante más de diecisiete años, y por tanto, si bien la vacante efectivamente se ha cubierto conforme a los principios de mérito y capacidad, produciéndose la circunstancia que determina la extinción del contrato indefinido no fijo y consecuentemente con un cese procedente, el mismo ha de ser indemnizado en los términos establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo, en la aludida sentencia de 9-3-2017, nº 201/2017, rec. 2636/2015, con veinte días de salario por año trabajado, esto es con 345 días (17 años y tres meses) a razón de 54,10 euros diarios, en total 18.664,50 euros.

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

## FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación número 922/2017 formalizado por el letrado DON JUAN CARLOS BLANCO NIETO en nombre y representación de DOÑA Gracia, contra la sentencia número 275/2017 de fecha 19 de julio, dictada por el Juzgado de lo Social número 34 de los de Madrid, en sus autos número 969/2016, seguidos a instancia de la recurrente frente al SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, en reclamación por despido, revocamos la resolución impugnada y estimamos la petición subsidiaria de la demanda, declaramos la procedencia del cese de la actora y condenamos al demandado a estar y pasar por tal declaración y al pago de una indemnización de DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (18.664,50 euros). SIN COSTAS.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.



Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0922-17 que esta Sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Paseo del General Martínez Campos 35, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad

0049

Clave sucursal

3569

D.C.

92

Número de cuenta

0005001274

I.B.A.N: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

2. 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.

3. En el campo **BENEFICIARIO** , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.

4. En el campo **OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA** , se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento. **MUY IMPORTANTE** : Estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque. Es importante que este bloque de 16 dígitos este separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen** . 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 ).

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

por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.