



Roj: **STSJ AND 9403/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:9403**

Id Cendoj: **29067340012018101160**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2018**

Nº de Recurso: **615/2018**

Nº de Resolución: **1101/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

### **SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA**

N.I.G.: 2906744S20170008797

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 615/2018

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 713/2017

Recurrente: CONSEJERÍA DE SALUD, IGUALDAD Y POLÍTICAS SOCIALES DEL A JUNTA DE ANDALUCÍA y Loreto

Representante: JOSE PODADERA VALENZUELALETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA - MALAGA

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,**

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO**

En la ciudad de Málaga a veinte de junio de dos mil dieciocho.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

#### **EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

#### **SENTENCIA 1101/18**

En los recursos de Suplicación interpuestos por Loreto y la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número siete de Málaga, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Que según consta en autos se presentó demanda por Loreto sobre despido siendo demandada la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 4 de diciembre de 2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO:** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- D<sup>a</sup> . Loreto presta servicios para la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía desde el 18 de enero de 2014 como auxiliar de clínica y salario diario de 61,10 euros.



SEGUNDO.- El contrato de trabajo firmado por la actora lo era con la denominación de temporal de interinidad. En el mismo dentro de datos administrativos se deja constancia de la "auxiliar clínica e igualmente se consigna el código NUM000 grupo clasificación IV". En su cláusula sexta relativa a la duración del contrato se expresa "hasta que el puesto de trabajo sea cubierto a través de los procedimientos establecidos en la Ley 6/85 de 28 de noviembre de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía y el vigente Convenio Colectivo o amortizados en forma legal."

TERCERO.- En BOJA de 22 de julio de 2016 se publica la convocatoria de concurso de traslado entre personal laboral fijo o fijo discontinuo dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo de personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía. Y en la "categoría 4022 auxiliar de enfermería" entre los puestos ofertados figura el "de NUM000 auxiliar de clínica11 salud R.pensionistas Málaga".

CUARTO.- En BOJA de 8 de mayo de 2017 se publica la resolución del citado concurso aprobada por resolución de 2 de mayo y en el que el puesto con código NUM000 de auxiliar de clínica es adjudicado a D<sup>a</sup> . Frida .

QUINTO.- El 12 de junio de 2017 el actor recibe comunicación del Secretario General Provincial y Recursos Comunes de la Delegación Territorial de la Consejería de Málaga de la Junta de Andalucía en al que se le indica que "su cese y extinción del contrato laboral con fecha de 30/06/2017 conforme a la cláusula sexta de su contrato en aplicación del art. 49.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores el art. 18 del VI Convenio Colectivo" y como consecuencia de la Resolución de 2 de mayo de 2017.

SEXTO.- En el citado concurso se adjudicaron definitivamente 2.031 plazas.

**TERCERO:** Que contra dicha sentencia anunciaron Recurso de Suplicación la parte actora y demandada, recurso que formalizaron, siendo impugnados de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** . La sentencia de instancia estima en parte la demanda sobre despido promovida por la actora y, tras declarar la válida extinción del contrato de trabajo de interinidad por vacante que ligaba a las partes por cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentariamente establecido, condena al organismo demandado a abonarle la cantidad de 4.277 euros, importe de una indemnización en cuantía de veinte días de salario por año de servicio, sobre la base de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (caso De Diego **Porras**). Contra dicha sentencia interponen recurso de suplicación tanto la representación de la actora, como la de la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía.

Los recursos han sido impugnados por la contraparte, quienes han solicitado su respectiva desestimación.

**SEGUNDO** . El Letrado de la Junta de Andalucía formula un único motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para denunciar la infracción de los artículos 49.1.c) y 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la indebida aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 14 de septiembre de 2016. Alega la parte recurrente que la referida doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resulta aplicable al supuesto de autos, por lo que declarando la sentencia de instancia la legalidad del contrato de interinidad por vacante suscrito por las partes y la válida extinción del mismo por cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentariamente establecido, no procede el abono de la referida indemnización de veinte días de salario por año de servicio. Subsidiariamente solicita que se calcule la indemnización sobre la base de la Disposición Transitoria Octava del Estatuto de los Trabajadores, para que la indemnización quede fijada en 2.320,13 euros.

Esta Sala ya se ha pronunciado en diversas ocasiones, por todas, sentencias de 16 de noviembre de 2006-recursos 1750/2016, 1788/2016 y 1798/2016-, 11 de enero de 2017- recurso 1827/2016-, 15 de marzo de 2017- recurso 214/2017-y 4 de octubre de 2017-recurso 1332/2017-, siguiendo la doctrina del TJUE De Diego **Porras** contenida en su sentencia de 14/06/2016 sobre el particular que ahora plantea la Administración recurrente. No obstante, la Sala debe cambiar su criterio por cuanto esta misma controversia de nuevo planteada ha sido definitivamente resuelta a través de sendas sentencias dictadas por el TJUE el 05.06.2018 -asuntos **Montero Mateos** y Grupo Norte Facility- en las que ha dictaminado que "no concurre una situación discriminatoria" y, por tanto, no es contraria a la normativa de la Unión (Directiva 1999/70/CE) la inexistencia de indemnización al finalizar un contrato de interinidad ni, por otro lado, el abono de una indemnización al finalizar un contrato de relevo de cuantía inferior a la que procedería a conceder a otro trabajador con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción del mismo por una causa objetiva. Consecuentemente, en dichas sentencias el TJUE



ha dejado sin efecto y con ello modificado el criterio previamente asentado en su sentencia de 14.09.2016 - asunto De Diego **Porrás**-, que ya no puede ser de aplicación a estos autos.

Y por lo tanto, amparando el TJUE el acomodo a la normativa comunitaria del contenido del artículo 49.1.c) de nuestro Estatuto de los Trabajadores, evidente ha de resultar ahora que conforme a la dicción literal del mismo la hoy demandante, vinculada a la demandada por un contrato de interinidad, carece de derecho al percibo de indemnización alguna por la válida extinción del mismo.

Consecuentemente, concurriendo la infracción normativa denunciada, procede acoger en este punto el recurso de suplicación articulado por la entidad demandada y con ello, revocando la sentencia recurrida, desestimar la acción en reclamación de cantidad esgrimida por el demandante en autos, y con ello la demanda articulada en su integridad.

**TERCERO** . La representación de la actora formula un primer motivo de recurso, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar que se sustituya el ordinal tercero por el siguiente texto alternativo: " *En el BOJA de 22/07/2016 se publicó la convocatoria de concursos de traslado entre el personal laboral fijo o fijo discontinuo dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo de personal laboral al servicio de la administración de la Junta de Andalucía. Y en la categoría NUM000 auxiliar de clínica 11 salud R Pensionistas Málaga* ".

Debe desestimarse la modificación fáctica solicitada, pues la misma resulta intrascendente a los fines discutidos en la presente *litis* y nada nuevo introduce en el debate planteado pues el dato de que la convocatoria de cobertura de puestos fijos o fijos discontinuos es un dato incontrovertido.

**CUARTO** . Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia por la representación de la parte actora la infracción de los artículos 70.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. Alega la parte recurrente que el Estatuto Básico del Empleado Público establece que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años, por lo que, habiendo prestado últimamente servicios la actora durante más de cinco años, el contrato debe entenderse prorrogado por tiempo indefinido.

Este Tribunal debe remitirse a lo resuelto en las sentencias de esta Sala 1594/17 de fecha 4 de octubre de 2017 (recurso de suplicación 1334/2017) y 120/2018 de fecha 24 de enero de 2018 (recurso de suplicación 2008/2017), dictadas en un supuesto similar al de autos. Estas resoluciones señalan:

" *El primer texto del EBEP fue aprobado por la Ley 7/2007, posteriormente derogado por Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en vigor desde 1 de enero de 2015. No obstante, hay que destacar el contenido coincidente del art. 70 y la disposición transitoria cuarta de ambas leyes que acabamos de mencionar, siendo su texto el siguiente:*

*Artículo 70.1 "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".*

*Vemos en el precepto transcrito que lo que en él se regula son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones públicas (oferta de empleo público -en adelante "OPE"- u otro instrumento similar de gestión), dejando al margen otro sistema de cobertura de vacantes como es el de consolidación de empleo. Por tanto, el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo como el seguido en este caso para la cobertura de la vacante de la actora.*

*Ese proceso especial viene regulado en la disposición transitoria cuarta de las normas de referencia, estableciendo:*

" *1. 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.*



2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto".

<Así pues, estos procesos de consolidación de empleo se desarrollan en varias fases, lo cual, correlativamente, afecta a la duración del plazo de provisión de vacantes vinculadas a los mismos, sin que tengan preestablecida una duración predeterminada en el EBEP".

En el caso concreto del proceso convocado por Resolución de 16/02/2016 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública establece que "El artículo 17 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía establece que el concurso de promoción constituye el sistema por el cual el personal fijo o fijo discontinuo accede a la categoría profesional diferente (...) en función de la experiencia y el mérito profesional". Proclamándose en la Base Primera que, de conformidad con dicho VI Convenio Colectivo "... se convoca concurso de promoción para la cobertura de plazas a diversas categorías profesionales del Grupo V".

En suma, la cobertura de la vacante de la actora ha seguido el trámite indicado en la norma de convenio, cuya aplicación ha requerido la ejecución de las fases correspondientes sin que a estos efectos el convenio ni la Resolución de convocatoria del proceso fijen plazo de ejecución determinado, ni impongan el de 3 años aplicado por el Juzgador de instancia.

Por todo lo dicho concluimos que el hecho de que el contrato de la actora haya durado más de 3 años no determina su calificación como indefinido.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso de suplicación interpuesto por la actora.

## FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y **desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por Doña Loreto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número siete de Málaga con fecha 4 de diciembre de 2017 en autos sobre despido, seguidos a instancias de dicha recurrente contra la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía.

Que debemos **estimar** y **estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía y, con revocación de la sentencia combatida, desestimamos la demanda y absolvemos a la Consejería demandada de los pedimentos de contrario formulados en la misma.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.