

NIG:

**JUZGADO DE LO SOCIAL
NÚMERO 42 DE MADRID**

AUTOS 645/2021

SENTENCIA Nº 83/2022

En Madrid, a 2 de febrero de 2022.

Vistos por mí, , Magistrada del Juzgado de lo Social número 42 de Madrid, los presentes autos seguidos en este juzgado bajo el número 645/2021, a instancias de **D^a.** , defendida por la Letrada doña , contra el **AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN**, defendido por la Letrada doña sobre **RECLAMACIÓN DE DERECHOS** y **CANTIDAD**, dicto la presente Sentencia resultando los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24.05.2021 se presentó en el Decanato demanda suscrita por la parte actora, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que se suplicaba se dictara sentencia por la que se declarase a la actora personal laboral fijo, o subsidiariamente indefinida no fija, con una antigüedad de 14 de noviembre de 2009 y todas las consecuencias inherentes a la declaración.

SEGUNDO.- Admitida la demanda y señalado día y hora para la celebración del acto del juicio, éste tuvo lugar el día 31.01.2022, compareciendo la parte demandante y la demandada. La parte actora se ratificó en su demanda y la demanda se opuso con base en los hechos y fundamentos que consideró de aplicación. Recibido el pleito a prueba se practicó la documental, tras la que cada parte elevó a definitivas sus alegaciones, quedando los autos conclusos y pendientes del dictado de la presente resolución.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Da. cuyas demás circunstancias personales constan en la demanda presta servicios para la demandada en virtud de contrato de interinidad para cobertura de puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción de fecha 27.10.2011, como informadora juvenil, con una retribución bruta de , : € (folios 37-50).

SEGUNDO.- Con carácter previo a la firma del contrato de 27.10.2011 la actora superó un proceso de concurso oposición convocado en oferta de empleo publicada en el BOCAM nº 30 de 5 de febrero de 2010 y dirigido a la formación de una bolsa de trabajo de personal laboral temporal en la categoría de informador juvenil, grupo C de titulación, y para la cobertura de cubrir necesidades temporales del Ayuntamiento (folios 33-36).

TERCERO.- Con anterioridad al contrato de 27.10.2011 la actora ha prestado servicios como informadora juvenil en virtud de contratos de duración determinada de interinidad en los siguientes periodos: 14.11.2007 a 24.04.2008 (interinidad por sustitución de trabajadora con reserva de puesto de trabajo); 08.05.2008 a 07.05.2009; 08.05.2009; 08.05.2009 a 17.07.2009; 01.04.2011-15.07.2011; 22.07.2011 a 19.08.2011 (folio 51 y 38).

CUARTO.- En fecha 09.12.2019 se aprobó por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento Oferta de Empleo Público para la estabilización del empleo temporal, publicada en BOCAM de 22 de diciembre de 2021, en la que incluyeron tres plazas de informador/a juvenil (folio 95).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Prueba. En cumplimiento de lo exigido en el apartado 2) del artículo 97 de la LRJS, debe hacerse constar que los anteriores hechos probados son el resultado de la documental aportada por las partes.

SEGUNDO.- Abuso de la temporalidad en el contrato celebrado en fecha 27.10.2011. La parte actora solicita que se reconozca en sentencia el carácter fijo, o subsidiariamente indefinido no fijo, de la relación laboral existente entre las partes, al considerar que se ha producido una situación de abuso y fraude en la contratación temporal sucesiva, y en especial en el último de los contratos celebrados que lo fue para ocupar una plaza de nueva creación en el año 2011 sin que hasta la fecha se haya convocado proceso para su provisión, y habiendo venido a satisfacer necesidades estables y permanentes de la demanda.

El carácter abusivo y fraudulento del último de los contratos concertados entre las partes es evidente. Se convoca un concurso oposición para formar parte de una bolsa de trabajo para cubrir necesidades temporales del Ayuntamiento, y se

concierta con la trabajadora, que superó el concurso oposición, un contrato de trabajo temporal de interinidad para cubrir una plaza –no identificada- durante un proceso de selección o promoción que no es convocado hasta el 22.12.2021, diez años después del contrato, constatándose que el contrato de la trabajadora tenía como finalidad, pese a la convocatoria del concurso oposición para formar parte de una bolsa de trabajo para prestar servicios con carácter temporal, venir a satisfacer necesidades permanentes y estables del Ayuntamiento demandado.

Esa es la conclusión a la que aboca la última sentencia de la Sala Séptima del TJUE de fecha 3 de junio de 2021 (cuestión prejudicial C-726/19) dictada en esta materia, de la que conviene transcribir el fundamento 61

61 Si bien, conforme a la jurisprudencia mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 267 TFUE, toda apreciación de los hechos es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, procede señalar que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la normativa nacional, en particular el artículo 70 del EBEP, fija un plazo de tres años para la organización de los procesos selectivos. Por tanto, como indica el órgano jurisdiccional remitente, dicho plazo permite, de manera indirecta, evitar perpetuar las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan plazas vacantes. No obstante, dicho plazo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede ser objeto de prórroga por diversos motivos, de modo que ese mismo plazo es tan variable como incierto.

Y esta es también la interpretación acogida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a partir del pleno no jurisdiccional celebrado tras la publicación de la referida sentencia del TJUE. Así, en el punto 3 del fundamento jurídico quinto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Social Pleno), de fecha 28-06-2021, nº 649/2021, rec. 3263/2019:

(...) Para evitarlo, la STJUE de 3 de junio de 2021, citada, nos indica la necesidad de realizar una interpretación conforme con el Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE (EDL 1999/66412); y, especialmente, nos compele a aplicar el derecho interno de suerte que se satisfaga el efecto útil de la misma, especialmente por lo que aquí interesa, del apartado 5 del citado Acuerdo Marco. En cumplimiento de tales exigencias esta Sala estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga.

Dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el mencionado Acuerdo Marco sobre contratación determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ese plazo de tres años es o ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones y, objetivamente, puede satisfacer las exigencias que derivan del apartado 5 del reiterado Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Así, ese es el límite general que tienen los contratos para obra o servicio determinado [artículo 15.1 a) ET; constituye, también, el límite máximo de los contratos temporales de fomento al empleo para personas con discapacidad (Ley 44/2006, de 29 de diciembre) y ha sido usado por el legislador en otras ocasiones para establecer los límites temporales de la contratación coyuntural. Por

otro lado, tres años es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP. La indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor.

A partir de ello las dos cuestiones que se suscitan en el presente procedimiento son las relativas a la fecha de antigüedad y a la calificación como fija o indefinida no fija de la relación laboral.

En cuanto a la primera cuestión, nada se alega en la demandada obre la naturaleza fraudulenta de los contratos temporales anteriores al vigente, ni se articula prueba alguna al respecto. Se aporta por la demandada el de noviembre de 2007 y se constata que era un contrato de interinidad por sustitución de trabajadora con reserva de puesto de trabajo, del que no cabe presumir su fraudulencia. Tampoco se articula prueba relativa a que la trabajadora, bajo la vigencia de los sucesivos, haya ocupado el mismo puesto de trabajo, ni menos aun sobre el periodo en el que no presta servicios para el Ayuntamiento, sino para una mercantil denominada

Dicha prueba correspondía a la parte que pretendía que se reconociera que el carácter fijo, o fijo discontinuo de la relación laboral se situaba en noviembre de 2007. No consta sucesión de contratos desde esa fecha, existiendo una interrupción desde julio de 2019 hasta abril de 2011, ni tampoco se alude al carácter fraudulento de los contratos de abril y julio de 2011, debiendo fijarse la antigüedad en la fecha del contrato vigente.

TERCERO.- Calificación de la relación laboral como fija o como indefinida no fija.

Partiendo de la naturaleza no temporal del vínculo existente entre las partes ha de valorarse si la infracción de las normas de contratación temporal por la empleadora pública conlleva como consecuencia la declaración como fija o indefinida no fija de la relación laboral existente entre las partes.

Esta última calificación de la relación laboral como indefinida no fija, de creación jurisprudencial, ha sido la mantenida hasta el momento por la doctrina mayoritaria como solución para armonizar las consecuencias laborales de la contratación temporal irregular por parte de las Administraciones Públicas con los principios públicos de acceso a la función pública por el sistema de igualdad, méritos y capacidad.

No obstante, esta calificación lo que provoca efectivamente es la perpetuación de la temporalidad, ya que la cobertura definitiva de la plaza por el sistema de oferta pública determinará la extinción de esa relación indefinida, y así ha sido confirmado en numerosos pronunciamientos, en los que al producirse la extinción de la relación laboral se ha venido reconociendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

Pero tanto la figura de indefinido no fijo como las consecuencias de la cobertura de la plaza que con esa modalidad han venido ocupando no están previstas legalmente, sino que se ha ido configurando doctrinal y jurisprudencialmente.

La cuestión pasa por determinar si dicha solución da respuesta a la protección exigida por la Directiva 1999/70. Esto es, si permite disuadir del uso fraudulento de la contratación temporal y dar una adecuada solución a las consecuencias que el abuso de la temporalidad ha provocado en la persona trabajadora y en su trayectoria profesional. Y la respuesta a dicha cuestión no es afirmativa.

En este sentido es preciso traer a colación la fundamentación jurídica contenida en la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid nº 145/2021 de 17.02.2021, sec. 2º, rec. 845/20, que ha confirmado la declaración de indefinición ordinaria de una relación de trabajo de un empleado de una sociedad pública estatal, aplicando de forma directa la protección de la Directiva 1999/70.

Argumentación que se comparte en su integridad y que señala que la declaración de fijeza no contraviene el artículo 103 de la Constitución Española por dos razones: en primer lugar, por la primacía del Derecho de la Unión frente al derecho interno; y en segundo término, porque el propio Tribunal Constitucional ha señalado que los principios de igualdad, mérito y capacidad se reservan para las plazas de funcionarios y no para las que se cubren mediante contrataciones laborales.

Por su claridad expositiva y argumentativa merece la pena reproducir la literalidad de su fundamento jurídico tercero:

El tercer motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de la disposición adicional décimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público y la disposición adicional 15 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 y de diversa jurisprudencia. Sostiene la recurrente que subsidiariamente y para el caso de desestimación de los dos primeros motivos debe reconocerse a la trabajadora la condición de indefinida no fija y no la condición de fija.

Pues bien, aunque la disposición adicional 15 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable en su literalidad a la sociedad mercantil recurrente, porque la misma se refiere a las Administraciones Públicas y no al conjunto del sector público, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha cambiado su criterio anterior y ha considerado que la figura de los indefinidos no fijos es aplicable en el ámbito del sector público en su conjunto, incluidas las sociedades mercantiles de capital público (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2020, RCU 2811/2018) y las fundaciones públicas (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2021, RCU 71/2020)). Ahora bien, en este caso no puede prosperar el recurso por lo siguiente:

La modalidad de contratos indefinidos no fijos de creación jurisprudencial y que hoy encuentra ecos en la legislación de empleo público no es una modalidad de

contratos fijos, sino temporales (auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-86/14, León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega, y sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2018, RCUD 27/2017) (EDJ 2018/64976). Por tanto el reconocimiento de tal condición no implica el reconocimiento del carácter indefinido del contrato en el sentido de la cláusula tercera del acuerdo anexo a la Directiva 1999/70/CE (EDL 1999/66412) y no repara por ello la vulneración de la cláusula quinta.

La exclusión, en el caso de las Administraciones Públicas, de la transformación de los contratos en fijos cuando se hayan excedido los límites al encadenamiento solamente es posible, con arreglo al Derecho de la Unión, cuando se hayan legislado medidas alternativas suficientemente disuasorias con arreglo a los principios de equivalencia y efectividad (sentencias de 7 de septiembre de 2006, en los asuntos C-53/04 y C-180/04, ..., de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04, ..., de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15, ...).

La valoración concreta de si las medidas nacionales son suficientemente disuasorias y cumplen con los principios de equivalencia y efectividad corresponde al órgano judicial nacional (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2020 en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, ...).

Como decimos, para valorar las medidas alternativas introducidas con arreglo a dichos principios es preciso que satisfagan los principios de equivalencia y efectividad, lo que requiere dos aspectos: que se compense suficientemente al trabajador (equivalencia) y que haya medidas adicionales que disuadan a la Administración de llevar a cabo abusos en la contratación temporal, como puede ser la exigencia de responsabilidad patrimonial a los responsables de la Administración por el pago de las indemnizaciones debidas a los trabajadores que se exija efectivamente en la práctica (efectividad).

A su vez, para que haya una compensación suficiente al trabajador es necesario que no solamente tenga derecho a una indemnización tasada, sino también a una reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público (sentencia de 7 de marzo de 2018 en el asunto C-494/16, ...). En ese sentido las medidas existentes en Derecho español no cumplen con el criterio de equivalencia, porque solamente se prevé, por vía jurisprudencial, una indemnización tasada de 20 días por año de servicio al extinguirse el contrato del trabajador indefinido no fijo. Debemos recordar además que la incorporación de la Directiva por parte del Estado debe hacerse por norma y no solamente por vía interpretativa jurisprudencial, por razones de seguridad jurídica. Pero incluso si esa indemnización estuviera recogida en la norma no sería suficiente para entender satisfecho el principio de equivalencia en los términos exigidos por el TJUE, dado que faltaría la reparación íntegra del daño por la pérdida de oportunidades de empleo en el sector privado o de acceso al empleo público.

En cuanto al principio de efectividad en relación con las medidas disuasorias solamente existe una declaración genérica e inconcreta de responsabilidad en la disposición adicional 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 que no consta que haya tenido eficacia práctica alguna. Por otra parte la realidad social de notorio conocimiento desmiente que exista ninguna medida disuasoria del abuso de la temporalidad en el sector público, bastando con recordar que, por ejemplo, la encuesta de población activa del último trimestre de 2019 (las posteriores reflejan ya la situación extraordinaria derivada de la epidemia de COVID-19), nos dice que en el sector público el número de asalariados era de 3.253.300, de los cuales eran fijos 2.348.100 (de ellos 23.300 fijos discontinuos) y temporales 905.300 (un 27,83% del total, porcentaje superior al del sector privado que era de un 25,69%). Pero lo más característico de esa temporalidad del sector público es su larga duración, esto es, de manera que del total de contratos temporales cuya duración era conocida el 66,39% era de más de seis meses, lo que revela precisamente la nula efectividad de las medidas que pueda haber para evitar el encadenamiento de contratos temporales, las cuales esta Sala no es capaz de precisar.

Por tanto a esta Sala le parece claro que el Derecho español no cumple con las exigencias de la jurisprudencia del TJUE para excluir la conversión del contrato en indefinido cuando se haya producido la vulneración de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE.

El problema entonces es si dicha solución derivada de la aplicación del Derecho de la Unión choca contra la Constitución Española y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Lo primero que hemos de decir es que la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 11 de febrero de 2021 en el asunto C-760/18, M.V y otros c.

ha establecido la primacía del Derecho de la Unión incluso frente a una reforma constitucional que impide su aplicación, por lo que, de no buscar una interpretación conforme de la Constitución Española, ello nos conduce a un conflicto institucional evidente que debería ser evitado.

Pero en el caso español no parece que exista problema alguno para encontrar una interpretación conforme en el caso del personal laboral, porque la doctrina del Tribunal Constitucional ha interpretado que los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución no incluyen bajo su ámbito de protección la mera contratación laboral, sino solamente el acceso a las plazas de funcionarios públicos (la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2005, de 23 de mayo, resume la doctrina). Desde el punto de vista del principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad que en virtud de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución que en todo caso debe ser aplicados por la Administración en cualquier ámbito, no constando que la selección de la trabajadora se realizase en base a criterios diferenciadores no justificados, máxime cuando se trata de una trabajadora que accede a sus contrataciones a través de las bolsas de empleo regladas de la empresa pública. El problema entonces es si el criterio selectivo para el ingreso en las bolsas de empleo aplica los principios de mérito y capacidad, pero ello no es constitucionalmente relevante desde el momento en que los mismos, como hemos visto, no son exigibles constitucionalmente para la contratación laboral, como

tampoco es aplicable el principio de publicidad, puesto que todos estos principios no se encuentran dentro del artículo 23.2 de la Constitución (que en todo caso según la jurisprudencia constitucional no es aplicable al personal laboral), sino dentro del 103.3, que claramente hace referencia exclusivamente a los funcionarios públicos y al "acceso a la función pública", no a la contratación laboral con arreglo a Derecho privado.

En definitiva, es cierto que la Directiva no impone la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija excepto en aquéllos casos en los que la legislación interna no haya previsto una sanción para garantizar el cumplimiento de los objetivos de dicha Directiva, que son dar fin a la precarización de los trabajadores públicos. Dado que en el Ordenamiento español no existe ninguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE en el sector público, no cabe sino transformar la relación temporal abusiva en un relación fija idéntica o equivalente a la de los trabajadores fijos comparables, sujetando a los empleados públicos temporales/interinos que han sufrido el abuso en las mismas causas, requisitos y procedimientos para el cese en sus puestos de trabajo que la Ley establece para los empleados fijos comparables, pues en otro caso el abuso quedaría sin sanción, vulnerándose así el objetivo y el efecto útil de la referida cláusula 5 del Acuerdo marco mencionado, y así se confirma con la última sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, anteriormente citada.

En cualquier caso, y en este concreto supuesto, se habrían observado los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en el artículo 103 CE y en el artículo 55.2 EBEP.

En un supuesto similar al presente, en lo que a convocatoria y acceso a bolsa de trabajo se refiere, la reciente Sentencia 996/2021 del TSJ de Madrid (sección 2ª), rec. 789/2021, de fecha 17.11.2021 señala en los dos últimos párrafos de su fundamento jurídico cuarto:

Pues bien, partiendo de lo anterior, en este caso ha quedado acreditado que la plaza que ocupa la actora se ofertó en un concurso-oposición público abierto a todos los ciudadanos, siendo la publicidad la que posibilita el acceso a un puesto público en condiciones de igualdad, y consecuentemente al mismo pudieron concurrir todos aquellos interesados en optar a cubrir la vacante, por lo que abierto el proceso de concurso-oposición, para la selección del candidato hubieron de cumplirse los principios de mérito y capacidad, conforme a la convocatoria, so pena de que los demás participantes hubieran impugnado el nombramiento de la actora, pero, en todo caso, constando dicha convocatoria pública, correspondía al demandado acreditar si, en su caso, no se observaron tales principios constitucionales, lo que no ha hecho.

Y constando fraudulenta la instrumentación de la contratación a través de un contrato temporal por tratarse de una vacante estructural correspondiente a un puesto de trabajo esencial en la actividad de la concejalía a la que pertenece,

hemos de concluir que, incluso en el hipotético caso de que en las bases del concurso, que no se han aportado por el demandado a quien correspondía la carga de la prueba, se indicara que se trataba de cubrir un puesto temporal, habiéndose declarado esa temporalidad fraudulenta y por tanto la contratación indefinida, efectivamente en el presente caso, al haberse observado los principios constitucionales para el acceso a la función pública, la relación que une a las partes es fija, por lo que procede la estimación del recurso.

CUARTO.- Recursos. A tenor de lo prevenido en el artículo 191 LRJS el recurso procedente contra esta Sentencia es el de Suplicación, de lo que se advertirá a las partes.

FALLO

Que **ESTIMANDO** parcialmente la pretensión principal de la demanda interpuesta por **D^a.** frente al **AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN** sobre **RECLAMACIÓN DE DERECHOS**, debo **DECLARAR Y DECLARO** que la relación laboral que vincula a la demandante **D^a.** con la al **AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN** es de carácter fijo desde el 27.10.2011, **CONDENANDO** a la demandada a estar y pasar por esta declaración con todas las consecuencias legales dimanantes de la ella.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 194 y ss de la LRJS; siendo indispensable que al tiempo de anunciarlo acredite la parte que no ostente el carácter de trabajador y no goce del beneficio de justicia gratuita, haber consignado el importe íntegro de la condena en la cuenta del Juzgado o presentar aval solidario de Entidad Financiera por el mismo importe. Y ello previo cumplimiento de las demás disposiciones legales vigentes.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria en parte. firmado electrónicamente por 