



Roj: STS 3045/2012  
Id Cendoj: 28079140012012100260  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 4139/2010  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: SOCIAL  
Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Febrero de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el **LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID** actuando en nombre y representación de **LA COMUNIDAD DE MADRID(IMDER)** contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 646/2010, formulado contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, **en autos núm. 988/2009, seguidos a instancia de LA COMUNIDAD DE MADRID FRENTE A FERROVIAL SERVICIOS, S.A., Rosalia Y OTROS, SOBRE DESPIDO.**

Han comparecido en concepto de recurridos el Letrado D. MAZEN FAIDI OBIOLS actuando en nombre y representación de **FERROVIAL SERVICIOS S.A.**, y el Letrado D. JAVIER MARTIN PEREZ RODRIGUEZ, actuando en nombre y representación de D. Ildefonso, Olegario, Elvira, Rosalia, Azucena, Cosme, Bartolomé, Íñigo, Heraclio, Carmelo, Carlos María, Juan Miguel, Matías, Rafael, Ezequiel Y Eladio

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de octubre de 2009 el Juzgado de lo Social núm. diecisiete de Madrid dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: **1º)** Los demandantes han venido prestando servicios para el organismo demandado con la categoría profesional de **Socorrista**, con la antigüedad, salario y días efectivamente trabajados que se señala a continuación, y ello en virtud de sendos contratos de interinidad para cubrir puestos de trabajo vacantes fijos-discontinuos vinculados a la oferta de empleo público; los llamamientos se suelen producir entre el 20 de abril y el 16 de mayo de cada año.

#### ANT SALARIO DIAS

DOÑA Rosalia 01-7-00 681 083  
DON Carlos María 28-5-05 681 372  
DON Juan Miguel 07-6-08 697,50 086  
DON Ildefonso 01-6-00 1280.72 862  
DON Bartolomé 01-6-00 681 861  
DON Carmelo 30-6-07 681 158  
DON Cosme 31-5-03 681 558  
DON Eladio 31-5-03 681 558  
DON Ezequiel 01-6-00 1308,60 840  
DOÑA Azucena 01-8-00 1264,98 808  
DON Heraclio 01-6-00 681 861

DON Íñigo 01-6-02 1256,10 656

DOÑA Elvira 02-6-07 1256,10 182

DON Matías 01-6-02 681 658

DON Olegario 31-5-08 1308,60 91

DON Rafael 01-6-04 1308,60 495

**2º)** Mediante carta de fecha 13-5-09 el IMDER comunica a los actores que "Mediante Orden del Consejero de Economía y Hacienda de fecha 30 de Abril de 2.009, y a petición de la Gerencia del Instituto Madrileño del Deporte (IMDER), se ha procedido a la modificación de la relación de puestos de trabajo y plantilla presupuestaria del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Deporte (IMDER), en cuyo anexo, incorporado a esa Orden, se ha amortizado, entre otros, el NPT que Vd. ocupaba en este Organismo autónomo como personal interino con cargo a vacante fijo discontinuo, quedando, por tanto suprimido el mencionado puesto. Dicha medida encuentra su acomodo legal en el artículo 20, núm. 5, de la Ley 2/2008, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2009 , a cuyo tenor, "Cuando por razones de planificación de los efectivos disponibles, de reordenación organizativa, de eficiencia en la utilización de los recursos económicos u otras circunstancias de similar alcance sea necesario, las convocatorias de pruebas selectivas que, en su caso, se adopten a partir de la entrada en vigor de la presente Ley en ejecución de las Ofertas de Empleo Público aprobadas con anterioridad a la misma, podrán incluir un número de plazas inferior a las inicialmente anunciadas, previa su amortización". En consecuencia, y teniendo en cuenta que se ha procedido a la amortización de la vacante que Vd. venía ocupando, por medio del presente escrito, le comunicamos que ha quedado extinguido el contrato laboral con este **Organismo**". **3º** Por resolución de 18-3-09 del Gerente del IMDER se convoca procedimiento abierto mediante criterio precio y tramitación urgente del contrato administrativo especial para la actividad de socorrismo, para la campaña de verano de 2009 (del 30-5-09 al 6-9-09), en las instalaciones deportivas del IMDER, que ha sido adjudicado a la empresa FERROSER con fecha 12-5-09 para que gestiones la actividad de socorrismo en las instalaciones deportivas del IMDER ID San Vicente de Paúl, PD Puerta de Hierro, ID Canal de Isabel II y Centro de Natación M86. **4º)** Los actores no ostentan ni han ostentado cargo representativo. **5º)** D<sup>a</sup> Elvira ha prestado servicios por cuenta de otra empresa del 8-9-08 al 30-6-09 y del 20-6-09 al 14-9-09. D. Carlos María ha prestado servicios por cuenta de otra empresa del 17-9-08 al 14-8-09. D<sup>a</sup> Rosalia ha prestado servicios por cuenta de otra empresa del 5-6-09 al 14-9-09. **6º)** Se ha agotado la vía administrativa."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por **DOÑA Rosalia , DON Carlos María , DON Juan Miguel , DON Ildfonso , DON Bartolomé , DON Carmelo , DON Cosme , DON Eladio , DON Ezequiel , DOÑA Azucena , DON Heraclio , DON Íñigo , DOÑA Elvira , DON Matías , DON Olegario , DON Rafael contra EL INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE, EL ESPARCIMIENTO Y LA RECREACIÓN y contra FERROSER y contra LA CONSEJERIA DE EDUCACION DE LA COMUNIDAD DE MADRID ,** debo declarar y declaro la improcedencia de los despidos acordados por las demandadas, condenando a éstas a que readmita a los actores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o a su elección a que les abone la indemnización que se señala a continuación, elección que deberá ejercitar en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, y caso de no hacerlo, se entenderá que opta por la readmisión; debiendo además, y en todo caso, abonarle los salarios dejados de percibir desde el 30-5-09 al 6-9-09, descontando el tiempo de prestación de servicios en otras empresas.

#### SALARIOS INDEM

A DOÑA Rosalia 2.325,66 113,50

A DON Carlos María 1.041,09 499,40

A DON Juan Miguel 246,51 2.301,75

A DON Ildfonso 4.536,90 4.226,37

A DON Bartolomé 2.409,62 2.247,3

A DON Carmelo 442,18 2.247,3

A DON Cosme 1.561,63 2.247,3

A DON Eladio 1.561,63 2.247,3

A DON Ezequiel 4.517,35 4.318,38  
A DOÑA Azucena 4.200,42 4.174,43  
A DON Heraclio 2.409,62 2.247,3  
A DON Íñigo 3.386,30 4.145,13  
A DOÑA Elvira 939,49 0  
A DON Matías 1.841,50 2.247,3  
A DON Olegario 489,38 4.  
A DON Rafael 2.662 4.318,38

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID actuando en nombre y representación de (IMDER), ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 16 de marzo de 2010, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación por el LETRADO DE LA COMUNIDAD en la representación que ostenta, y estimamos, parcialmente el formulado de Rosalia, DON Carlos María, Juan Miguel, DON Ildefonso, Bartolomé, DON Carmelo, DON Eladio, DON Azucena, DON Heraclio, DON Íñigo, DOÑA Elvira, DON Matías, DON Olegario Y DON Rafael, contra la sentencia dictada en octubre de 2.009 por el Juzgado de los de MADRID, aclarada por auto datado en 16 de noviembre 988/09, seguido a Rosalia, DON Carlos María, DON Juan Miguel, DON Ildefonso, Bartolomé, DON Carmelo, DON Cosme, DON Eladio, DON Ezequiel, DOÑA Azucena, DON Heraclio, DON Íñigo, DOÑA Elvira, DON Matías, DON Olegario Y DON Rafael, contra el INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE, EL ESPARCIMIENTO Y LA RECREACIÓN (IMDER) y la empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A. (FERROSER) en materia de despido y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos, también en parte, la resolución judicial recurrida, únicamente en el sentido de señalar que de los salarios de tramitación de los actores Doña Elvira, Don Carlos María y Doña Rosalia habrá que descontar los coincidentes con los nuevos empleos encontrados a que hace méritos el ordinal quinto de la versión judicial de los hechos, mas sólo en cuantía equivalente al importe diario del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento con la prorrata de dos pagas extraordinarias, y con la consiguiente repercusión en las sumas que por tal concepto constan en la parte dispositiva de la sentencia de instancia, manteniendo incólumes todos los demás pronunciamientos de ésta. Se imponen las costas causadas a la Administración recurrente, que incluirán la minuta de honorarios del Letrado impugnante, que la Sala fija en 300 euros (TRESCIENTOS EUROS). Sin costas, en cuanto al recurso de los trabajadores.

**TERCERO.-** Por el LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID actuando en nombre y representación de IMDER, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 7 de diciembre de 2.010. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 16 de marzo de 2.010 por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso 4139/2010.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 5 de mayo de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado, únicamente, el Abogado D. MAZEN FAIDI OBIOLS actuando en nombre y representación de FERROVIAL SERVICIOS S.A., mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 7 de junio de 2.011.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de diciembre de 2.011, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día 15-12-2011, trasladando el mismo para el día veintidós de Febrero de dos mil doce, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los trabajadores han prestado servicios en virtud de sucesivos contratos de interinidad con los que han cubierto vacantes en puesto de trabajo fijos discontinuos con llamamientos que se efectúan entre el 20 de Abril y el 16 de mayo de cada año.

La Orden de 30 de Abril de 2009 de la Consejería de Economía y Hacienda, modifica la relación de puestos de trabajo del INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE (IMDER), incluyendo un anexo en el que figuran los puestos que se amortizan. Por Resolución de 18 de marzo de 2009 se convoca procedimiento abierto para la contratación administrativa de la actividad de socorrismo, finalizando en la adjudicación a la empresa FERROSER.

Los demandantes formularon demanda por despido estimada por el Juzgado de lo Social, revocada en parte en suplicación, al reducir los salarios de tramitación de parte de los trabajadores en cuanto coincidan con periodos de servicio prestados en otros trabajos.

La sentencia recurrida confirmó la improcedencia del despido partiendo de dos bases, la primera por incorrección del proceso seguido en la amortización de las plazas dada la ausencia de negociación colectiva y la segunda por no responder la amortización a una efectiva supresión de las plazas al haberse efectuado la externalización del servicio .

Reurre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 16 de marzo de 2.010 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid acerca de una reclamación por despido deducida por un trabajador del Instituto Madrileño del Deporte, esparcimiento y recreación (IMDER) quien también prestaba servicios en virtud de contrato de interinidad en un puesto de actividad fija discontinua, al que fué comunicada la amortización de la plaza desempeñada, según lo acordado en Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 30 de abril de 2009, seguida de la convocatoria y adjudicación del servicio de socorrismo a FERROSER. La sentencia referencial confirma la desestimación de la demanda por despido, basando su pronunciamiento en la naturaleza del contrato, de interinidad, que vinculaba a las partes y la adecuada amortización del puesto de trabajo, en virtud de la Orden de 30 de Abril de 2009 de la Consejería de Economía y Hacienda.

Concorre entre ambas resoluciones la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la L.P.L .

**SEGUNDO.-** La recurrente alega la infracción por aplicación indebida de los artículos 15 , 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 4.2 b) del Real Decreto 2720/1998 de 128 de diciembre, así como la indebida aplicación de los artículos 31 de la ley 30/1992 y 21.7 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid. Argumenta la parte demandada que los contratos que vinculaban a las partes poseían naturaleza temporal, de interinidad en todos los casos por lo que estaban llamados a extinguirse por cobertura de los puestos de trabajo para los que habían sido nombrados una vez celebrado el oportuno proceso selectivo y así se ha venido haciendo hasta la amortización del puesto. Invoca la recurrente la sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2002 sobre la pervivencia del puesto como condición subyacente para la conservación del contrato de interinidad hasta su cobertura. Alude también a la Orden de la Consejería de 30 de abril de 2009 por la que tiene lugar la amortización de las plazas y al texto del artículo 21.7 del Convenio Colectivo del personal Laboral de la Comunidad de Madrid que no se refiere a la amortización de los puestos de trabajo sino a las modificaciones sustanciales de plantilla.

La cuestión planteada en las presentes actuaciones lo ha sido en términos análogos y con idéntica sentencia de contraste en el R.C.U.D. 3264/2010 , también resuelto por el Pleno de la Sala en la STS de 27 de febrero de 2012 , a cuya doctrina nos remitimos en el aspecto que es común a ambos, la transformación de las plazas amortizadas en un servicio externalizado siendo sus razonamientos los que reproducimos a continuación :

**QUINTO.- 1.- "** En cuanto al concreto tema planteado por la parte recurrente, ciertamente en la STS/ IV 12-marzo-2002 (rcud 1223/2001 ), invocada por dicha parte, se reitera la doctrina jurisprudencial relativa a que el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino, y que en el supuesto en aquélla enjuiciado en que, conforme a los hechos probados de la sentencia impugnada, "se suprimen las plazas de monitores deportivos existentes en años anteriores como consecuencia de las necesidades económicas de este municipio que han originado una disminución y eliminación de dichas plazas en el organigrama del Ayuntamiento", se declara procedente la extinción contractual, argumentándose que "el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo. Conclusión que responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad, referida al desempeño con carácter de provisionalidad de un puesto de trabajo. Entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido - pues el cese del interino solo se

produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza -, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limita ni elimina las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad".

2.- Compartimos y asumimos plenamente dicha doctrina de esta Sala recaída en este supuesto claro en el que se han suprimido unas plazas que, por necesidades económicas, se estiman "innecesarias" y el contrato del interino "ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo" y se extingue también por la supresión de la plaza, aunque no esté tal causa reflejada expresamente en el contrato de interinidad.

3.- Pero en el presente caso lo que se cuestiona es si ha existido o no realmente amortización de plazas por resultar innecesarias, no aceptándose en la sentencia impugnada, confirmatoria de la de instancia, la realidad de la amortización.

4.- La real existencia de la amortización es jurídicamente cuestionable si en este caso lo que se ha efectuado realmente por la Administración pública es un mero cambio en la forma de provisión o gestión de unas plazas, como las de **socorrista**, cuya existencia y desempeño es necesario para el Organismo correspondiente, el que mantiene la gestión de las piscinas públicas y al que le es exigible el mantenimiento de la "prestación de la actividad de socorrismo previsto por la legislación vigente" para la utilización pública de aquellas, si resuelta, como ahora acontece, que en vez de gestionar la propia Administración el servicio de socorrismo convoca un concurso público para que tal actividad sea prestada por una empresa privada, a la que adjudica el servicio coincidiendo con la notificación de la extinción contractual de los demandantes.

5.- El supuesto no encaja con el de supresión de una plaza innecesaria analizado en la citada STS/IV 12-marzo-2002 (rcud 1223/2001 ); y, por otra parte, según el Diccionario de la Real Academia Española, una de las acepciones de la palabra "amortizar" es la de "Suprimir, por considerarlos innecesarios, empleos o plazas vacantes en una institución pública o empresa privada". En el presente caso, resulta que: **a)** la necesidad sigue persistiendo y no hay innecesidad en la existencia y el desempeño de la plaza, pues es esencial para la posible utilización de las piscinas que gestiona directamente la Administración pública empleadora la realización del servicio de socorristas, aunque en definitiva no quiera actuar como empresario ni abonar directamente las retribuciones de los socorristas para que, en definitiva, se desempeñe el servicio a través de una empresa privada adjudicataria y haya utilizado con tal fin un proceso de amortización de plazas; **b)** no se justifica la necesidad y finalidad de la denominada amortización de las plazas y, además, es totalmente distinta de la indicada a los demandantes en la carta de extinción contractual, y al no coincidir ni con lo motivado en la Orden 30/04/2009 ni con el señalado como su fundamento, el art. 20.5 Ley 2/2008 de 22-diciembre , con lo que el contenido del concreto precepto legal tampoco guarda relación o puede servir para fundamentar jurídicamente la decisión de amortización de plazas adoptada. Es por todo ello, por lo que en la sentencia impugnada, se afirma que la empleadora puede haber actuado en fraude de ley, "pues si bien la Administración puede privatizar su actividad y adjudicar a una empresa, en este caso a la codemandada ... S.A., la actividad de socorrismo, lo que no puede es ignorar el derecho de los empleados que con anterioridad a la adjudicación prestaban servicios para la misma y equiparar a una amortización de las plazas, el desplazamiento de la actividad a una empresa que va a continuar con la misma ...".

6.- En definitiva, el cese de los demandantes no se ajustó a derecho y se efectuó en fraude de ley por lo que "no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir" ( art. 6.4 Código Civil ) al no haberse producido la amortización en la que se pretendía justificar aquél cese, motivándose la extinción contractual en una amortización ficticia y no siendo comunicada su causa real a los demandantes, cuando lo acontecido en la realidad consistió en convocar concurso para cubrir externamente las mismas plazas que se indicaban amortizadas adjudicando el servicio a una empresa privada."

**TERCERO.-** Por todo lo expuesto, visto el informe emitido por el Ministerio Fiscal, y no apreciándose con arreglo a la meritada doctrina, infracción de los artículos 15 , 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 4-2-b del Real Decreto 2770/1998 de 18 de diciembre y del artículo 21.7 del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid y art. 31 de la Ley 30/1992 , procede la desestimación del recurso con imposición de las costas a la recurrente, en aplicación del artículo 233 de la L.P.L .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación par la unificación de doctrina interpuesto por el **LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID** actuando en nombre y representación de **LA COMUNIDAD DE MADRID** contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 646/2010 , formulado contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid , **en autos núm. 988/2009, seguidos a instancia de LA COMUNIDAD DE MADRID FRENTE A FERROVIAL SERVICIOS, S.A., Rosalia Y OTROS, SOBRE DESPIDO. Con Costas.**

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de Procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Gonzalo Moliner Tamborero D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina D. Jesus Gullon Rodriguez D<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Antonio Martin Valverde D. Jesus Souto Prieto

### Voto Particular

**VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, al que se adhieren el Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez y el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia de 28 de febrero de 2012, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 4139/10.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 4139/10, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

La sentencia de la que discrepo se funda en que no ha existido una amortización de plazas real, sino ficticia, porque la necesidad de contratar personal que cubra las plazas amortizadas subsiste, ya que continúa la actividad, aunque se haya externalizado, procedimiento de amortización y externalización en el que la Administración Pública demandada ha obrado en fraude de ley con el fin de burlar los derechos de los trabajadores afectados, cuyos derechos deben respetarse, lo que lleva a considerar nula la amortización controvertida por ficticia y a confirmar las resoluciones que declararon improcedentes los despidos efectuados con base en ella.

Mi discrepancia radica en que creo que la amortización de los puestos de socorristas con contratos de interinidad por vacante fue real y correcta y en que no hubo fraude de ley, porque la demandada actuó conforme a las normas legales y reglamentarias aplicables sin que pueda estimarse que incurriera en desviación de poder o que realizara un uso arbitrario del mismo. Este criterio se funda en las siguientes razones:

*Primera. Sobre el fundamento de derecho Tercero.*

Cierto que la resolución final no se funda en él y que el principio "iura novit curia" lo hacía innecesario. Sin embargo, como parece contener algunos argumentos que, a mayor abundamiento, fundarían el fallo conviene hacer algunas precisiones.

Se observa que, al transcribir el artículo 20 de la Ley 2/2008, de 22 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para el año 2009 , no se reseñen todas sus disposiciones y se omita reproducir su número 2, donde se restringe la convocatoria de plazas para ingreso de nuevo personal, y lo que es más relevante los números 3 y 4, procede, por tanto, su íntegra reproducción : "2. *A lo largo del presente ejercicio las convocatorias de plazas para ingreso de nuevo personal del sector público delimitado en el artículo 19 de esta Ley se concentrarán en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren absolutamente prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. En todo caso, el número de plazas de nuevo ingreso podrá ser, como máximo, igual al 30 por 100 de la tasa de reposición de efectivos. Dentro de este límite, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público , la oferta de empleo público incluirá todos los puestos y plazas desempeñados por personal interino, nombrado o contratado, en el ejercicio anterior, excepto aquellos sobre los que existe reserva de puesto, estén incursos en procesos de provisión o se proceda a su amortización.*

*Por otra parte, no será de aplicación el límite recogido en el primer párrafo del presente apartado en relación a la determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes, al personal de la Administración de Justicia, a las plazas de los hospitales y centros de salud, ni al personal que tenga encomendadas las funciones de control y vigilancia del cumplimiento de la normativa en el orden social, la gestión de las políticas activas de empleo y de las prestaciones por desempleo, así como en relación a aquellos otros colectivos cuya exclusión del referido límite se encuentre prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.3. Durante el año 2009 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de funcionarios interinos, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables en los sectores expresamente declarados prioritarios por la Consejería de Economía y Hacienda. Los contratos de interinidad suscritos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2009 adecuarán su vigencia a los procesos de provisión de vacantes correspondientes a la Oferta de Empleo Público para el año 2010; asimismo los contratos de interinidad que hayan sido celebrados entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2007, se adecuarán en su vigencia a los procesos de provisión de vacantes correspondientes a la Oferta de Empleo Público de 2009. 4. La contratación de personal laboral temporal y el nombramiento de funcionarios interinos en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Órganos de Gestión sin personalidad jurídica propia, Empresas Públicas con forma de Entidad de Derecho Público o con forma de sociedad mercantil y demás Entes Públicos autonómicos, en las condiciones que se establezcan por la Consejería de Economía y Hacienda, requerirán la previa autorización de la misma. 5. Cuando por razones de planificación de los efectivos disponibles, de reordenación organizativa, de eficiencia en la utilización de los recursos económicos u otras circunstancias de similar alcance sea necesario, las convocatorias de pruebas selectivas que, en su caso, se adopten a partir de la entrada en vigor de la presente Ley en ejecución de las Ofertas de Empleo Público aprobadas con anterioridad a la misma, podrán incluir un número de plazas inferior a las inicialmente anunciadas, previa su amortización."*

De estos preceptos se desprende que en 2009 la Oferta de Empleo Público debía incluir todos los puestos y plazas desempeñados por personal interino (art. 20-2, al final del primer párrafo), que los contratos de interinidad adecuarían su vigencia a la Oferta de Empleo Público de 2009 (art. 20-3 "in fine") y que las Ofertas de Empleo Público con anterioridad a la Ley "podrán incluir un número de plazas inferior a las inicialmente anunciadas, previa su amortización" (art. 20-5 "in fine").

Resumiendo, la Ley, pese a restringir las nuevas contrataciones de personal temporal e interino, obliga a ofertar públicamente todas las vacantes existentes que estén ocupadas por interinos, salvo las que se amorticen previa convocatoria de la Oferta Pública de Empleo. Con ello se cumple el principio, más adelante estudiado, de que el acceso a la función pública tendrá lugar con base en los principios de mérito, capacidad, publicidad e igualdad. Por ello, se deben ofertar todas las plazas ocupadas por interinos, salvo las que se amorticen.

*Segunda. Sobre la amortización de vacantes y el requisito de que la plaza amortizada sea innecesaria .*

1. La mayoría de la Sala ha entendido que la doctrina de la sentencia de 12 de marzo de 2002 (Rcud. 1223/01 ) es asumible, pero partiendo de esa afirmación, dado que en aquella sentencia se contempla el supuesto de amortización sin más, mientras que en esta la amortización es seguida de una externalización, matiza la antigua doctrina y establece como requisito para la validez de la amortización que la plaza suprimida sea "innecesaria", condición que no concurriría en el caso analizado porque, como la demandada mantiene la gestión de las piscinas debe tener socorristas por exigírselo la normativa para la explotación de piscinas públicas, razón por la que, cual evidencia el que haya externalizado el servicio de socorrismo, la necesidad del empleo subsiste y no cabe amortizar plazas que son necesarias, pues sólo se pueden suprimir (amortizar) los empleos innecesarios.

De estas razones hay que discrepar, además de por lo dicho en el voto particular por otros compañeros, porque ya esta Sala ha entendido lo contrario, no sólo en las sentencias de las que expresamente se aparta la que nos ocupa, sino en otras. Por ejemplo, en la sentencia de 14 de marzo de 2002 (Rec. 3191/01), dictada a los dos días de la que la mayoría dice seguir, se contiene una redacción idéntica a esta, salvo que en el paréntesis se habla de "hipótesis" cuando se hace referencia a la innecesiedad del puesto de trabajo, terminología que evidencia que la Sala admitía otras posibles causas de amortización. Pero es la sentencia de 8 de junio de 2011 (Rcud. 3409/10), dictada en un supuesto similar al de autos, pero no idéntico al contemplado en las sentencias de 14 de abril y 3 de mayo de 2011, en las que se aborda la amortización de vacantes, sin plantearse la posibilidad de la gestión indirecta, en la que se dan argumentos a favor de la amortización con externalización. En su Segundo Fundamento de Derecho se argumenta: "*Dice la sentencia que en el presente caso no se ha producido una amortización real, sino que procedió a su adjudicación por el método de gestión*

*indirecta de un servicio del Ayuntamiento a través de una contrata" y añade que tampoco se ha procedido a la cobertura de la plaza a través de los procedimientos legalmente previstos. Ninguno de estos argumentos puede acogerse. La gestión indirecta de un servicio público es un sistema válido en nuestro ordenamiento, como se desprende de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, en virtud del cual "el contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante". Pues bien, desde el momento en que el servicio se encomienda por la Administración a otra persona -en el presente caso a una empresa privada-, es claro que las plazas correspondientes al personal que realizaba ese servicio tienen que ser amortizadas, salvo que se sostenga la tesis de que la Administración tiene que mantener un personal que ya no tiene una función que realizar. Ante esa externalización del servicio podrá procederse a la impugnación ante el orden jurisdiccional competente del acto administrativo que decide recurrir a la gestión indirecta - impugnación que no consta que se haya realizado en el presente caso-"*

La sentencia de la mayoría se aparta de esta doctrina sin razonar el motivo por el que disiente de ella y niega a la Administración, lo que se permite a la empresa privada: amortizar las vacantes, aunque estén cubiertas por interinos. Se veda a la demandada la posibilidad de gestionar el servicio de forma indirecta (externalizar), cual le permiten los artículos 8 de la Ley 30/2007 y 2-f) del Decreto 29/2009, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sin fundar esa decisión, salvo que se estime que la misma se basa, simplemente, en que "no cabe amortizar las plazas que son necesarias", como las de los socorristas si se gestionan piscinas. Con ello se limita y restringe la libertad de la Administración y de los organismos públicos para gestionar sus servicios con eficacia, descentralización, y con sometimiento a la Ley. Si la norma permite la descentralización productiva, la gestión indirecta de servicios, ¿por qué se le deniega a un organismo público esa posibilidad de actuación? ¿por qué se le obliga a tener como plantilla fija un cuerpo de socorristas?. Debe recordarse que las plazas de **socorrista**, salvo una o dos excepciones, están cubiertas por personal con contrato de interinidad por vacante, lo que supone que se creó la categoría y el número de plazas necesario y que, como se no se ha convocado concurso público para cubrir las, ahora se fuerza a convocar ese concurso, al denegarse la posibilidad de amortización de plazas interinas y de externalización global del servicio.

2. Se discrepa, también, del argumento relativo a que amortizar es suprimir por considerarlos innecesarios, empleos o plazas vacantes. Este argumento, acorde al Diccionario, es inadecuado porque amortizar es un término que en términos jurídicos significa suprimir plazas o empleos por las más diversas razones, siempre que sean legales, siendo de destacar que en términos laborales hace referencia, sobre todo, a suprimir plazas o empleos por el sistema de no cubrir las vacantes existentes. Ninguna norma dice que sólo se puedan suprimir las plazas "innecesarias", pero, además, el término necesario admite diversas interpretaciones, las razones de la innecesariedad pueden ser variadas y justificadas en nuestro derecho: por ejemplo la implantación de un nuevo sistema de producción, una nueva organización del trabajo o de nueva maquinaria puede hacer innecesarios todos o algunos de los puestos de trabajo afectos a ese proceso, puestos que serán amortizados, aunque subsista la necesidad de la empresa de gestionar el proceso productivo. Cuestión distinta será la referida a las indemnizaciones a pagar por la rescisión de los contratos, pero la misma escapa al objeto de este proceso donde se dilucida si la amortización operada es real o ficticia.

3. Además, conviene tener presente que con el término amortización se designa el resultado de un proceso administrativo en el que han intervenido y recaído resoluciones de distintas Consejerías de la Comunidad de Madrid:

1º. Por resolución de 13 de marzo de 2009 de la Dirección General de la Función Pública (dependiente de la Consejería de Presidencia) se procedió a desvincular 69 puestos de trabajo de la categoría de **socorrista**, adscritos al IMDER, de las Ofertas de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para los años 1999, 2007 y 2009, con base en el artículo 20-5 de la Ley 2/2008 de la Comunidad de Madrid. Como las plazas ocupadas por los demandantes de forma interina estaban vinculadas a la Oferta Pública de Empleo del año 1999 y posteriores, lo que hizo esta resolución fue desvincularlas de esa oferta, romper su unión a la Oferta Pública de Empleo con base en el artículo 20-5 de la Ley 2/2008 de 22 de diciembre, cuya lectura aislada puede suscitar dudas que aclara una interpretación sistemática del resto del art. 20, precepto que en sus números anteriores muestra con una simple lectura que con carácter general se prohíbe en 2009 la contratación de personal temporal, de funcionarios interinos (nº 3), exigiéndose para los supuestos especiales previa autorización de la Consejería de Economía (nº 4) y restringiéndose (nº 2) la convocatoria de plazas para personal de nuevo ingreso a las que afecten a servicios esenciales, lo que justifica la amortización de los puestos que no se oferten, incluso la reducción de los incluidos en anteriores ofertas de empleo (nº 5). Esa desvinculación la justificaban también los artículos 103-3 de la Constitución y 7 (-2) (apartados d), e) e i)) y 18 (-2 y 4)



de la Ley 1/1986, de 10 de abril de Función Pública de la Comunidad de Madrid porque, supuesto que se congelaba la oferta de empleo público, la posibilidad de realizar nuevas contrataciones laborales públicas, se violaba el principio de que el acceso a la función pública debe hacerse con base al mérito y capacidad del contrato, contrastados en un concurso público y abierto a todos los ciudadanos, principio que se elude renovando contratos temporales mediante el procedimiento de no convocar un concurso público para cubrir reglamentariamente la vacante.

2º. Esa resolución fue seguida por otra Orden de 30 de abril de 2009 del Consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad por la que se aprobó y fijó una nueva Relación de Puestos de Trabajo (R.P.T.) del IMDER en la que no se incluyeron los puestos de socorristas ya desvinculados, Orden dictada con base en las competencias que para la elaboración de los presupuestos de gastos de personal y modificación de la R.P.T. le concede el art. 22 f), del Decreto 25/2009 de 18 de marzo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid. Debe resaltarse que esta Orden no amortizó ninguna plaza, sino que estableció una nueva R.P.T. con base a los artículos 13, 15 y 17-2 de la ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la C.A.M., preceptos que regulan las R.P.T. y las plantillas presupuestarias, pero no las "amortizaciones" de puestos de trabajo. Lo que hace la Orden de 30 de abril de 2009, tras reseñar los antecedentes es simplemente disponer (Dispongo) que se aprueba la nueva R.P.T. y la nueva plantilla presupuestaria para el IMDER. La desvinculación de las plazas a la oferta de empleo (amortización) fue acordada el 13 de marzo de 2009 por resolución de la Consejería de Presidencia, Dirección General de la Función Pública (folio 321 de los autos) con base al art. 20 de la Ley 2/2008 y en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 7 y 8 de la Ley 1/86, de 10 de abril de la C.A.M., 1 de los Decretos 74/1988 y 260/99 de la C.A.M., 13 del Decreto 249 de la C.A.M. y demás concordantes, así como el 18 de la Ley citada en primer lugar que nos muestra que todas las plazas vacantes deben ser objeto de oferta pública y que el Consejero de Presidencia debe fijar las que se cubren y las previsiones sobre evolución y cobertura de las restantes, lo que le permite desvincularlas de la oferta y amortizar las que no se incluyen en ella. Lo dicho explica las dudas o afirmaciones sobre el mal obrar administrativo que la sentencia de la que se discrepa expresa en los números 3, 4 y 5 de su fundamento tercero, y en el nº 5-d) del Fundamento Quinto, ya que las mismas se deben a que no tiene en cuenta que la Orden de 30 de abril de 2009 del Consejero de Economía modifica la R.P.T. del IMDER, pero se limita a transponer en ella lo acordado por la Dirección General de la Función Pública sobre la desvinculación de las plazas de **socorrista** de la oferta pública de empleo.

Consecuentemente, si las vacantes ocupadas por los interinos dejaron de existir por ser desvinculadas de la oferta pública de empleo, lo que impedía a la demandada cubrirlas por procedimientos legales ( concurso público o contrato de interinidad) y la obligaba a darlas de baja en la R.P.T., es claro que los contratos interinos se extinguieron por amortización, "al no ser necesarios por no existir la vacante que los justificaba".

4. Como corolario, destacar que la discrepancia con el criterio mayoritario radica en que el mismo no motiva suficientemente, cual requieren los artículos 24 y 120-3 de la Constitución, 218 de la L.E.C. y 97-2 de la L.P.L. y la doctrina constitucional las razones por las que se aparta del criterio sostenido por la Sala en anteriores sentencias, ni razona y motiva con la exhaustividad y congruencia debidas las razones que la llevan a estimar que no ha existido una real amortización y que la amortización era ficticia con el simple argumento de no haberse acreditado la "innecesariedad" de la plaza amortizada, falta de necesidad que funda en que la entidad pública demandada sigue prestando el servicio de piscinas y precisando, por ende, socorristas, argumento que equivale a decir que, mientras se siga prestando el servicio, no es viable la amortización de plazas. Con ello se niega a la Administración la posibilidad de prestar los servicios asumidos de forma indirecta, de externalizarlos cual permiten las leyes, sin dar razón que explique esa prohibición que la mayoría crea "ex novo" olvidando que una cosa es la posibilidad de amortización y otra distinta las consecuencias que la misma comporta para el personal que cubre la plaza vacante amortizada. Tal solución se debe a la mala imagen que se tiene de la externalización de servicios, a los prejuicios existentes contra la gestión externa de parcelas de la propia actividad por la idea preconcebida de que con ella sólo se persigue destruir puestos de trabajo y abaratar costes. Pero no es así porque, aparte que los puestos de trabajo se conservan, aunque bajo la dirección, de otro patrono, y que puede ocurrir que el ahorro de gastos no sea tal, resulta que las ventajas de la externalización son otras: Facilitar que la empresa (sus mandos y empleados) se concentren en la realización de los procesos de producción más importantes, en los que saben hacer mejor y se despreocupen de procesos accesorios que son encomendados a empresas externas que, al estar especializadas en esa actividad prestarán mejor servicio y atenderán mejor los imprevisos, como buscar sustituto a quienes se marchan de vacaciones o son baja laboral por cualquier causa.

*Tercera. Sobre el fraude de ley.*

1. Con el debido respeto, debe reseñarse que la sentencia de la mayoría reitera el voluntarismo de la sentencia recurrida al respecto. La sentencia impugnada reproduciendo otra anterior, dice: *" pues si bien la Administración puede privatizar su actividad y adjudicar a una empresa, en este caso a la codemanda...S.A., la actividad de socorrismo, lo que no puede es ignorar el derecho de los empleados que con anterioridad a la adjudicación prestaban servicios para la misma y equiparar a una amortización de las plazas, el desplazamiento de la actividad a una empresa que va a continuar con la misma". "*

De este párrafo se desprende que el fraude radica en que se han ignorado los derechos de los trabajadores (¿qué derechos?), al "equiparar a una amortización de plazas, el desplazamiento de la actividad a una empresa que va a continuar con la misma", sic. Nuestra sentencia adolece, igualmente, de falta de motivación del fraude de ley cuya existencia estima, pues se limita a reproducir ese párrafo, a advocar el contenido del art. 6-4 del Código Civil y a decir que no se ha producido la amortización alegada para el cese, porque la amortización practicada era ficticia y la causa real de la misma, la externalización, no se había notificado a los demandantes.

El argumento es tan simple y sintético que, puede llegar a violar las exigencias de los artículos 24 y 120-3 de la Constitución por su falta de motivación, lo que puede provocar la indefensión de la demandada y de quienes no han sido parte, pero van a seguir aplicando ¿incorrectamente? la norma de cobertura.

En efecto, no se indica la norma que se trata de soslayar o eludir, ni el fin práctico que con ella se persigue, ni cuales son los derechos violados, ni los perjuicios ocasionados. Tampoco se concreta cual es la norma de cobertura, esto es, aquella en la que se apoya el acto fraudulento, ni se argumenta por qué esta norma de cobertura no va dirigida expresa y directamente a proteger el acto supuestamente fraudulento, sino otras actuaciones.

2. Entrando en el fondo, la discrepancia, con todo respeto, radica en que no ha existido fraude de ley. En este sentido, conviene recordar la doctrina sobre la materia que ha establecido la Sala 1ª de este Tribunal, que en sus sentencias de 23 de enero de 1999 (Rec. 2352/94 ), 2 de marzo de 2006 (Rec. 2554/99 ) y 18 de marzo de 2008 (Rec. 5847/2000 ), entre otras, se resume, como dice la segunda de las citadas diciendo: *«el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (sentencias, entre otras, de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 2000). Se caracteriza ( sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1994 , 23 de enero de 1999 , 27 de mayo de 2001 , 13 de junio de 2003 ) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada "de cobertura", que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada "eludible o soslayable", amén que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (sentencia de 27 de marzo de 2001 y 30 de septiembre de 2002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (sentencias de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente ( sentencia de 23 de febrero de 1993 ) y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (sentencias de 4 de noviembre de 1982 y 30 de junio de 1993)».*

En el presente caso, aparte que la mayoría no ha señalado la norma de cobertura, ni la que mediante su aplicación se trata de eludir (incongruencia omisiva contraria al art. 24 de la Constitución los artículos 7 , 8 y 18 de la Ley 1/1986 de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid y 20 de la Ley 2/2008, de 22 de diciembre de Presupuestos de la C.A.M. para 2009 dan suficiente cobertura al acto tachado de fraudulento. Por otro lado, no consta que exista ninguna norma prohibitiva de la amortización de vacantes o que imperativamente obligue a la Administración a atender de forma directa y con personal laboral propio los servicios a su cargo que no sean exclusivos de la función pública. Si ninguna norma prohíbe la externalización, sino al contrario, ni prohíbe la amortización de plazas vacantes, sino que obliga a su oferta pública, salvo que se amorticen, es claro que no existió el fraude de ley denunciado, máxime cuando la imposibilidad de amortizar no la establece la norma sino una doctrina que se establece por primera vez en la sentencia que aprecia el fraude.

Cuestión distinta es lo que ocurra con los contratos del personal laboral que ocupa las plazas amortizadas. La aplicación de la normativa laboral conllevará como regla general el cambio de puesto de trabajo o la rescisión indemnizada del contrato. Pero si se trata de contratos de interinidad por vacante la amortización de la plaza conlleva la rescisión del contrato por cumplimiento de su condición resolutoria sin derecho a indemnización. El que en estos casos no exista derecho a indemnización, no quiere decir que la amortización sea un fraude porque el ordenamiento jurídico la permite y ninguna norma lo prohíbe.

Por el contrario, la solución de dejar sin efecto la amortización de vacantes y obligar a que las mismas se cubran por personal interino, pese a no estar afectas a la oferta de empleo, atenta directamente en contra de las normas que regulan el acceso a la función pública, soslaya su aplicación y lo hace con base en una norma de cobertura que expresamente no prohíbe la amortización de vacantes, ni recorta la potestad organizativa de la administración y su autonomía para crear y suprimir puestos de trabajo, de forma que, al ser dudoso que la Administración no pueda amortizar vacantes, el fraude de ley se consuma en sentido contrario al que dice la mayoría, según la doctrina antes reseñada acerca del carácter que debe tener la norma de cobertura para justificar el fraude de ley. Como señalan las sentencias de la Sala 1ª de este Tribunal de 12 de enero de 2006 (R. 341/99), dictada en Sala General, 27 de enero y 5 de julio de 2006 (Recs. 101/00 y 3931/99) *"el artículo 6.4 responde a una visión moderna del fraude de ley, a partir de la idea de que la interpretación no se detiene en la letra de la norma, sino que ha de dirigirse a la búsqueda de su voluntad. Conforme a ese planteamiento los actos jurídicos contrarios al espíritu de la ley, pero respetuosos con su letra no son fraudulentos, sino contra legem y, como tales, deben ser tratados con la directa aplicación de la sanción establecida para la infracción"*.

*"El régimen del fraudus legis se aplica a aquellos actos, uno o varios, que reciben la cobertura de alguna norma, aunque sea básica o esté caracterizada por su generalidad, que los ampara o tolera, bien que de una manera insuficiente por ser otra su finalidad ( sentencias de 13 de junio de 1.959 , 10 de octubre de 1.962 , 14 de diciembre de 1.972 , 14 de mayo de 1.985 , 14 de febrero de 1.986 , 16 de marzo de 1.987 , 19 de octubre de 1.987 , 20 de mayo de 1.988 , 30 de marzo de 1.988 , 11 de octubre de 1.991 , 16 de octubre de 1.991 , 3 de noviembre de 1.992 , 23 de febrero de 1.993 , 5 de abril de 1.994 , 23 de enero de 1.999 , 3 de julio de 1.999 y 28 de septiembre de 2.004 ) y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo (según se expresa en la exposición de motivos del Decreto 1.836/1.974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil); esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento, aunque resulten de una interpretación sistemática o de los mismos procedimientos de integración"*.

Esta doctrina nos muestra que la norma de cobertura que la mayoría aplica, sin concretar cuáles, regula la extinción de los contratos de interinidad en general, pero no autoriza con base a ella, no da cobertura a que se soslaye o eluda la aplicación de principios que tienen su base en la Constitución, como el de acceso a la función pública por mérito y capacidad y el de que la Administración debe ser eficaz en su actuación y actuar con sometimiento a la Ley, razón por la que la norma de cobertura que aplica la mayoría es insuficiente y no justifica la prohibición de amortizar vacantes, ni, menos aún, la perpetuación de los demandantes en el contrato de interinidad, ni la rescisión indemnizada de sus contratos eludiendo abiertamente las normas que regulan el acceso a la función pública con base en principios de igualdad, mérito y capacidad.

3. La doctrina reseñada evidencia, también, la contradicción interna que existe en la sentencia de la que se discrepa. En efecto, si se estimaba que de la literalidad de la ley, al hablar de amortización, y de un espíritu se derivaba que no cabía amortizar para externalizar, así debió decirse, declarando indebida, consecuentemente, la falta de llamamiento por contraria a la Ley y por no tener amparo en el art. 20 de la Ley 2/2008 de la Comunidad de Madrid . Lo que no cabía era decir que la amortización era incorrecta porque las plazas suprimidas eran necesarias para el servicio olvidando que el servicio se puede atender de forma indirecta, mediante su externalización, lo que se obvia para no justificar y motivar esa restricción que la Ley no impone, para, posteriormente, decir que ha existido fraude de ley. Ahí radica la contradicción de la sentencia, pues, al estimar la existencia de fraude de ley, está reconociendo que la norma de cobertura, aquella con base a la que se han amortizado las vacantes y excluido a las mismas de la R.P.T., se ha aplicado correctamente, pero en fraude de ley, para eludir la que tutela los derechos de los actores, argumento que para ser congruente obliga a entender que ha sido el fraude de ley la "ratio decidendi" del fallo, como evidencia que se diga que no hubo amortización real, sino ficticia, afirmación que corrobora el que la sentencia se funde, exclusivamente, en un inexistente fraude de ley.

A mayor abundamiento, debe señalarse que el fraude de ley se imputa al proceder de una Administración Pública y que en el ámbito del derecho administrativo el fraude de ley se viene ligando a la desviación de poder y al uso arbitrario del mismo. Conviene por ello reproducir la jurisprudencia de la Sala 3ª de este Tribunal que tiene dicho: *"para apreciar la existencia de desviación de poder es necesario, atendiendo a una interpretación conjunta e integradora de los artículos 106.1 in fine de la Constitución y 70.2, párrafo segundo, de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que se hayan realizado potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, siendo lo cierto que en este caso, y en función de las manifestaciones esgrimidas por la parte actora, no se vislumbra circunstancia alguna determinante de esa desviación de poder"*.

*"Los actos administrativos no tienen siempre y necesariamente que ser constitutivos per se de desviación de poder por la sola circunstancia de que se basen en una interpretación distinta de las normas jurídicas y de los presupuestos fácticos concurrentes en cada caso, de la que propugna la parte interesada en beneficio de su particular situación jurídica".*

*"Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala [por todas, sentencias de 25 de abril de 1997 (recurso 10270/1990 ), 14 de julio de 1998 (recurso 2308/1994 ), 11 de marzo de 1999 (recurso 2021/1993 ), 25 de septiembre de 2000 (recurso 19/1998 ), 22 de diciembre de 2003 (recurso 5386/1998 ), 14 de junio de 2006 (recurso 2557/2003 )- y 28 de octubre de 2009 (recurso 3279/2005 )], cuando se alega la existencia de fraude de ley o de desviación de poder, la carga de la prueba incumbe a quien efectúa esa alegación, no siendo suficientes a tales efectos las meras presunciones, conjeturas o interpretaciones subjetivas del acto administrativo o de las ocultas e hipotéticas intenciones que supuestamente lo determinan, pues resulta necesario constatar y acreditar, con un enlace preciso y directo, que en la génesis del acto administrativo impugnado se produjo la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el Ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio".*

Vista esta doctrina no cabe estimar que la Comunidad de Madrid haya obrado en fraude de ley, dado el marco en el que se produjo su actuación. Aparte que la Ley 1/1986, de la Función Pública de la C.A.M., autoriza a la misma a fijar su plantilla laboral ( art. 7 , 8 y 18) adecuándola cada año a sus necesidades, resulta que la Ley 2/2008 de Presupuestos Generales para 2009 de esa Comunidad veda como norma general la contratación de personal temporal y de funcionarios interinos, restringe la convocatoria de plazas de nuevo ingreso, dispone que la oferta pública de empleo incluirá todos los puestos y plazas desempeñados por personal interino (art. 20-2 al final del 1º párrafo), para, seguidamente añadir (art. 20-3 in fine) que los contratos de interinidad celebrados se adecuarán a los procesos de provisión de vacantes correspondientes a la Oferta de Empleo Público para 2009 y, finalmente, añadir ( art. 20-5 in fine) que las Ofertas de Empleo Público, aprobadas con anterioridad a la Ley "podrán incluir un número de plazas inferior a las inicialmente anunciadas, previa su amortización". Esta ley tiene un marco general de aplicación para toda la Comunidad de Madrid, implanta, dada la crisis económica, principios de austeridad, contención y rigor en materia del gasto público, persiguiendo una gestión más racional de los recursos económicos destinados a la contratación de personal y a una gestión más eficaz de los servicios fundamentales de la Comunidad. Manifestación de ella son las disposiciones por las que se suprimen Consejerías, se agrupan otras en una, se suprimen organismos y altos cargos, se potencia la Consejería de Economía y Hacienda y se modifican la naturaleza y competencias del IMDER (reformas aprobadas, ente otras, por los Decretos del Consejo de Gobierno de la C.A.M. 77/2008, 25/2009, 29/2009 y 42/2009), mientras que por la Consejería de Economía se dicta el 14 de enero de 2009 Orden (publicada en el B.O.C.M. de 22 de enero de 2009), cuyos artículos 3 y 5 regulan la contratación de personal laboral y de interinos para cubrir vacantes de forma restrictiva. La amortización de las plazas de **socorrista** se ha producido en ejecución de las disposiciones legales y normativas citadas, con amparo directo en lo dispuesto en la Ley de Presupuestos citada y con el fin de adoptar medidas que paliaran la grave crisis económica padecida por el país.

Resumiendo, debe estimarse que la Administración actuó de forma razonable y no arbitraria, lo que excluye el fraude de ley y la desviación de poder, máxime cuando la Ley de cobertura (la de presupuestos para 2009) expresamente cubría ese proceder y cuando la actuación administrativa se produjo en el marco de una política general de austeridad y de gestión eficaz de los servicios públicos y no para burlar, mediante un complot generalizado, los derechos de 67 socorristas con contrato de interinidad por vacante cuya vigencia se condicionó a la existencia de la vacante ocupada.

#### *Cuarta. Sobre la posible incompetencia de esta jurisdicción .*

Es cierto que no se ha planteado la competencia de esta jurisdicción para resolver las cuestiones objeto de la demanda. También lo es que esta jurisdicción es competente para resolver con carácter prejudicial cuestiones administrativas, como comprobar si la amortización de un puesto de trabajo es legal.

Siendo ello cierto, parece que la sentencia de la mayoría ha ido más allá de las competencias que le son atribuidas con carácter prejudicial, pues, no se ha limitado, como se deriva de la doctrina sentada por esta Sala en su sentencia de 10 de julio de 2000 (Rcud. 4145/98 ), a analizar si existía una norma que autorizaba la amortización, ni a si la amortización se ha tomado por el órgano administrativo competente y por el procedimiento adecuado, sino que ha ido más allá: se ha determinado cuando es procedente o no una amortización de vacantes y se ha resuelto que la misma es improcedente cuando la administración sigue atendiendo el servicio, cuando subsiste la necesidad de prestar un servicio público. Es cierto que tal decisión

afecta, al ser prejudicial, sólo al caso que nos ocupa, pero no se debe olvidar que estamos ante un recurso de unificación de doctrina, lo que supone que esta doctrina unificada se aplicará en todos los casos en que la Administración amortice un puesto ocupado por personal laboral. Ello supone que con carácter general se sienta la doctrina de que la Administración no puede amortizar las vacantes desempeñadas por personal laboral con el fin de externalizar el servicio, sino sólo para suprimir este, solución interpretativa que excede de las competencias prejudiciales concedidas para el caso concreto.

Aunque no se aceptaran las anteriores argumentaciones, las dudas sobre la falta de competencia de esta jurisdicción subsisten. La sentencia de la mayoría estima que la Administración ha obrado en fraude de ley, al dictar y ejecutar las normas que aplica para acordar amortizar las plazas, decisión que escapa a la competencia de esta jurisdicción que no es competente para juzgar y resolver si la Administración actúa de forma fraudulenta. Por ello, se habrían violado los artículos 24-2 de la Constitución y 9 (nº 4 y 6) de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

*Quinta.* Sobre el fundamento de derecho cuarto, aparte lo ya expuesto sobre que las cuestiones de falta de competencia deben examinarse de oficio y de las razones dadas para fundar nuestra falta de competencia, deben rebatirse las argumentaciones sobre la falta de negociación de la amortización con los trabajadores. Y en este sentido señalar que la falta de negociación de la amortización con los representantes de los trabajadores y la posible infracción del art. 27-1 del Convenio Colectivo de aplicación no fue argumento en el que se basara la sentencia de instancia que se fundó, exclusivamente, en que no había existido una amortización correcta de los puestos de trabajo que habían sido cubiertos por personal externo. Fueron los actores quienes, al impugnar el recurso de suplicación, suscitaron esa cuestión sin pedir la revisión de los hechos y a quienes, por ende, debe perjudicar la falta de prueba de ese dato. No obstante, conviene apuntar que, tal vez no pidieron esa revisión fáctica porque, cual consta en los documentos 43 y siguientes del ramo de prueba de la demandada, los días 30 de marzo, 17 de abril y 15 de mayo de 2009, al menos, la empleadora se reunió con el comité de empresa para informarle de los cambios introducidos por los Decretos 28 y 29 de 2009 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, en virtud de los que se reorganizaba el IMDER que de Organismo Autónomo Mercantil pasaba a ser Organismo Autónomo Administrativo, lo que comportaba un cambio en su presupuesto de gastos y, en la fiscalización de los mismos y el que no se pudieran realizar nuevas contrataciones por imperativo de la Orden de 14 de enero de 2009 de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid. Así mismo, con relación al IMDER se les informó de que el trabajo de los socorristas se iba a reorganizar acometiendo la externalización del servicio, para lo que la Dirección General de la Función Pública había procedido a desvincular los puestos de los socorristas y la de Recursos Humanos procedería a su amortización. A ello se opuso el Comité diciendo que se trataba de un servicio público que debía ser gestionado por empleados públicos, razón por la que se negó a negociar, contestándosele que se le informaba, pero que no era tema negociable por afectar a la organización de la actividad.

Por ello, máxime cuando la resolución de la que discrepo no lo combate, sigue siendo válida la doctrina contenida en nuestra sentencia de 3 de mayo de 2011, en la que, tras estimarse probada la realidad de esas reuniones, hecho probado que no podemos desconocer ahora, se dijo: *"Los números 1 , 5 y 6 del artículo 21 del Convenio Colectivo de la demandada, antes transcritos, dejan claro que la organización del trabajo, el establecimiento de las plantillas de personal adecuadas son competencia de la empresa, quien negociará con los sindicatos legitimados aquellas cuestiones que afecten a las condiciones de trabajo "quedando al margen de la negociación las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización", añadiendo el nº 6 que "sin perjuicio de la potestad de autoorganización de la Administración, ésta negociará... las plantillas tipo o ideales de los Centros de trabajo" y las modificaciones de dichas plantillas. A la luz de esos principios generales debe concluirse que no se ha violado lo dispuesto en el nº 7 del artículo 21 del Convenio Colectivo . No sólo porque el citado precepto habla de negociar, término con significado distinto al de convenir o acordar, pues indica que es preciso negociar pero no acordar, siendo así que aparece en el relato de hechos probados que un mes antes de dictarse la Orden el comité de empresa fue informado y manifestó su oposición negándose a negociar y reservándose las acciones oportunas. Sino, también, porque ese precepto convencional sujeta lo establecido en el a lo dispuesto en las leyes de presupuestos, como indica el hecho de que reconozca que lo allí dispuesto es "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto ", precepto legal que condiciona la oferta pública de empleo anual a lo que se establezca en la Ley de Presupuestos. De lo dicho se desprende, cual se dijo antes, que si la Orden se ajustó a lo dispuesto en la Ley 2, de 22 de diciembre de 2008, de la Comunidad de Madrid es válida la amortización de plazas que acuerda, así como que esta jurisdicción no es la competente para dejar sin efecto esa Orden, como ha señalado esta Sala en sus sentencias de 10 de septiembre de 2010 (RCO. 205/2009 ) y 7 de diciembre de 2010 (RCO. 181/2009 ), entre otras, como la de 5 de diciembre de 2007 (RCO. 149/2006*

) donde ya se decía: "la impugnación de normas a aplicar en el seno de Administración Pública, aun cuando las mismas se alcancen a través de la negociación colectiva no es materia propia de este orden jurisdiccional social sino que corresponde al Orden jurisdiccional contencioso administrativo".

"En igual sentido, en las sentencias de 17 de febrero de 2009 /RCUD. 4523/07 ) y 7 de diciembre de 2010 ( RO. 181/09 ) se afirma: "no parece estar en discusión que el establecimiento --y la modificación-- de las relaciones de puestos de trabajo, incluso del personal laboral, de los distintos Departamentos y Organismos Autónomos de la Administración... es una potestad organizativa que corresponde en exclusiva a esa Administración y que no es objeto de negociación colectiva. Así, el art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública , define a la relación de puestos de trabajo como el instrumento técnico a través del cuál se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto. Y sigue siendo un instrumento técnico de la Administración también cuando se refiere al personal laboral". Finalmente, conviene recordar que la Sala Tercera de este Tribunal en su sentencia de 13 de marzo de 2006 (Rec. 5754/2001 ) dijo: "Naturalmente, la Administración puede convenir con los sindicatos distintas formas a través de las que puedan participar en el ejercicio de tales atribuciones, como lo hizo en el Convenio Colectivo del que se ha venido hablando y a tal fin sirve la Comisión Técnica que aquél prevé en su artículo 10 . Sin embargo, la potestad de organización sigue correspondiendo a la Administración y no se transforma en objeto de negociación colectiva por virtud de esas previsiones convencionales. En la medida en que esto es así, adquiere un sentido distinto al que le confiere la Sentencia de instancia la limitación de la composición de la Comisión Técnica a las partes signatarias del Convenio. En efecto, en tanto no se trata de negociación colectiva, pues no se están estableciendo las condiciones de trabajo sino una cosa distinta, no cabe trasladar a lo que no es sino un instrumento de ordenación del personal reglas y principios que han de jugar cuando se trata de establecer o modificar las condiciones laborales".

#### EPITOME

La discrepancia con el criterio mayoritario radica, cual se desprende de lo hasta aquí dicho, en los siguientes puntos.

1. La amortización de las vacantes cubiertas por los interinos fue correcta porque la acordó la Consejería competente, dentro del ámbito de sus competencias y por el procedimiento adecuado con base en una ley presupuestaria que le daba cobertura al efecto.

2. La mayoría va más allá de sus competencias prejudiciales y entra a examinar si la amortización fue correcta, si la autorizaba la ley, y concluye que no, que fueron ficticias la amortización y la nueva R.P.T.. Con ello asume competencias que no le son propias y que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa con lo que viola el derecho constitucional al Juez natural ( art. 24 Constitución ).

El argumento de que no cabe amortizar vacantes cuando se sigue gestionando el servicio es inadecuado e incompleto. Cabe la amortización para externalizar como regla, cuestión distinta es la relativa a la forma de indemnizar los derechos de los afectados por ella, pero no cabe negar, el derecho de la Administración a gestionar de forma indirecta para ser más eficaz en el gasto los servicios públicos, sin otro argumento que el de una interpretación restringida y sintética de lo que es la amortización.

3. No ha existido fraude de ley porque la norma de cobertura expresamente autorizaba la amortización y ninguna norma existe que la prohíba, salvo la interpretación que por primera vez hace la Sala.

Los argumentos de la sentencia de la mayoría al respecto son insuficientes: no señala cuál es la norma de cobertura con base a la que se construye el fraude, no razona que la misma no autorice esa actuación, no expresa la norma que se pretende eludir, ni cuáles son los derechos que se pretenden burlar. Por tanto, no motiva, cual requiere el artículo 24 de la Constitución , la existencia del fraude de ley, la concurrencia de los requisitos que establece la jurisprudencia para apreciarlo, incluso el Tribunal Constitucional en sentencia de 6 abril 1988 .

Por el contrario, como la actuación de la Administración fue razonable y apoyada en normas concretas, cabría estimar que lo, realmente, defraudado fueron las normas que regulan el acceso a la función pública por orden de mérito y capacidad.

4. Por todo ello, lo procedente habría sido estimar el recurso de la CAM y subsidiariamente oír al Ministerio Fiscal y a las partes para que informaran sobre la competencia de esta jurisdicción.

Madrid, 28 de febrero de 2012.



**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, al que se adhieren el Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez y el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ