



Roj: **STS 2662/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2662**

Id Cendoj: **28079140012019100526**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/07/2019**

Nº de Recurso: **3724/2016**

Nº de Resolución: **528/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2453/2016,**
STS 2662/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3724/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 528/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 3 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a Carmen Velasco Castañón, en nombre y representación de D.^a Palmira , contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 1908/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, de fecha 25 de mayo de 2016 , recaída en autos núm. 600/2015, seguidos a instancia de D.^a Palmira contra el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias (SEPEPA)-Consejería de Economía y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el Principado de Asturias representado por la letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:



" 1º.- La demandante, Dª Palmira ha venido prestando sus servicios para el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SEPEPA)-CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y EMPLEO DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, con centro de trabajo en el Servicio de Intermediación Laboral-Oficina de Empleo de Gijón II, una antigüedad reconocida a 1 de octubre de 2003, la categoría profesional de técnico grado medio-nivel 18-grupo B y un salario bruto diario en cómputo anual de 81,68 euros, incluida prorrateo de pagas extra, en virtud de un contrato de trabajo indefinido, a tiempo completo, dentro del ámbito del Convenio Colectivo del Personal Laboral de Principado de Asturias, conforme a lo declarado probado por Sentencia de 31 de octubre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón en los autos 853/12 que reconoce el carácter indefinido de la relación laboral que une a las partes, cuyo contenido se da aquí por reproducido.

2º.- El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, en su reunión de 19 de febrero de 2014, aprobó las modificaciones parciales tanto de la relación de puestos de trabajo como del catálogo de puestos de trabajo del personal laboral de la Administración del Principado de Asturias (BOPA de 26 de febrero de 2014), procediendo a la creación de puestos de trabajo en el SEPEPA con motivo de la ejecución de las sentencias que habían reconocido a varios trabajadores, entre los que se encontraba la actora, su vinculación laboral indefinida no fija con esta Administración, con lo que la actora quedó vinculada al puesto de trabajo de nueva creación gestor/a de administración, con código NUM000 -Grupo A2-nivel de destino 18-complemento específico A.

3º.- La trabajadora ha venido realizando diversas funciones relacionadas con la orientación e información laboral a personas en situación de desempleo, siendo las más relevantes: - Diagnóstico individualizado y elaboración de perfil: atención específica a las personas para identificar sus habilidades, competencias, formación y experiencia, intereses, situación familiar y posibles oportunidades profesionales.- Diseño del itinerario personalizado para el empleo, de acuerdo con su perfil, necesidades y expectativas, incluyendo las actuaciones propuestas, el calendario de realización y de seguimiento.- Acompañamiento personalizado en el desarrollo del itinerario, revisión y actualización del mismo.- Asesoramiento para la definición del currículo personalizado y aplicación de técnicas para la búsqueda de empleo.- Información, asesoramiento y apoyo a la movilidad geográfica y funcional.

4º.- La plaza de gestor/a de administración de naturaleza funcionarial identificada con el código NUM000 fue incluida en el concurso de traslados del personal funcionario convocado por Resolución de la Consejería de Hacienda y Sector Público de fecha 1 de agosto de 2014, por la que se convoca concurso para la provisión de puestos de trabajo no singularizados en la Administración del Principado de Asturias, sus organismos y entes públicos (BOPA de 25 de agosto de 2014). Por Resolución de 22 de mayo de 2015, de la Consejería de Hacienda y Sector Público se resuelve el citado concurso de traslados, adjudicando como destino definitivo el puesto de trabajo gestor/a de administración con código NUM000 a un funcionario de carrera.

5º.- Mediante Resolución de la Presidencia del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SEPEPA) de 4 de junio de 2015, cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido se acuerda la extinción del contrato de trabajo de la actora, con efectos a 9 de junio de 2015, por la provisión definitiva del puesto de trabajo funcionarial que aquélla ocupaba por estar vinculado al mismo su relación laboral indefinida no fija.

6º.- Por la trabajadora se presentó la correspondiente reclamación previa que fue desestimada por silencio administrativo.

7º.- La demandante no ostenta la condición de representación de los trabajadores.

8º.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que desestimando la demanda presentada por Dª. Palmira contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (SEPEPA)-CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y EMPLEO DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, sobre acción de despido, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Dª Palmira, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 20 de septiembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la dirección letrada de Doña Palmira contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón de fecha 25 de mayo de 2016, dictada en los autos núm. 600/15, resolviendo la demanda sobre Despido instada contra la Consejería de Economía y Empleo de la Administración del Principado de Asturias y el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias, en el único sentido de declarar el derecho de la demandante a percibir la indemnización de 8 días por cada año de servicio prevista en la letra c) del número 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la Disposición Transitoria 13ª del mismo, confirmando la resolución de instancia en sus restantes pronunciamientos".



TERCERO.- Por la representación de D^a Palmira , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invocan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 26 de junio de 2015, rec. 1219/2015 , para el primer motivo, sentencia del TC de 20 de junio de 2005, rec. 4600/03, para el segundo motivo y, para el tercer motivo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, Rec. C-596/14 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de junio de 2017, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe interesando la estimación parcial del recurso.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de julio de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso .

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la extinción de la relación laboral indefinida no fija de la demandante debe someterse a la vía del art. 52 c) del ET , y con carácter subsidiario, determinar si se ha vulnerado el derecho de tutela judicial efectiva, en la vertiente de indemnidad y, finalmente y con igual subsidiariedad, determinar si procede el derecho a la indemnización de 20 días por año de servicios ante la extinción de la relación laboral.

La actora recurrente ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, dictada el 20 de septiembre de 2016, en el recurso de suplicación núm. 1908/2016 que ha sido estimado parcialmente, declarando su derecho a percibir una indemnización de 8 días por año de servicios y, en consecuencia, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, de fecha 25 de mayo de 2016, en los autos núm. 600/2015, en la que había desestimado la demanda.

2.- Impugnación del recurso.

La parte recurrida fija su impugnación en los siguientes términos. Respecto del primer motivo entiende que la doctrina de la sentencia de contraste se ha visto superado por la de esta Sala, recogida en la STS de 6 de octubre de 2016, rcud 2592/2014 , por lo que no procede apreciar contradicción. En relación con el segundo motivo también invoca la falta de contradicción ya que en el caso de la sentencia recurrida el cese de la relación laboral indefinida no fija se produjo a los pocos días de dictarse la resolución judicial que calificaba así la relación laboral, lo que no sucede en el caso de la recurrida. Finalmente, respecto del último motivo se opone al mismo porque la parte actora solicitó en suplicación la indemnización de 8 días que fue lo otorgado por la Sala por lo que no fue objeto de debate los 20 días que ahora reclama.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso debe ser estimado parcialmente porque, respecto del primer motivo, hay contradicción porque afecta al importe indemnizatorio que esta Sala, sigue diciendo el informe, ha entendido que procede reconocer la de 20 días cuando se ha extinguido válidamente el contrato indefinido no fijo. En relación con el segundo motivo considera inexistente la contradicción por ser hechos diferentes los que deben valorarse a efectos del derecho de indemnidad. Y, por último, aunque pudiera considerarse cuestión nueva, al hilo del primer motivo, el último también debe ser estimado.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida .

1.- Hechos probados de los que se debe partir

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por la trabajadora ante la extinción de su relación laboral indefinida no fija.

Según los hechos probados, la actora obtuvo sentencia de 31 de octubre de 2013 en la que se le reconoce la condición de trabajadora indefinida no fija del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias. El 19 de febrero de 2014, el Principado aprobó las modificaciones parciales de la RPT como el catálogo de puestos de trabajo del personal laboral, procediendo a la creación de tales en el Servicio Público de Empleo. En ejecución de aquella resolución judicial, el ocupado por la demandante se vinculó a una plaza de nueva creación -gestor/



a de administración, con código NUM000 , Grupo A2-. Esta plaza fue incluida en el concurso de traslado de personal funcionario convocado por resolución de 1 de agosto de 2014, resultando la misma adjudicada. El 4 de junio de 2015 se dicta resolución por el citado Servicio Público de Empleo por la que se acuerda la extinción del contrato de la demandante, con efectos de 9 de junio de 2015 por la cobertura definitiva de la vacante por el funcionario de carrera.

La sentencia del Juzgado de lo Social ha desestimado la demanda al considerar ajustada a derecho la extinción del contrato, sin vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva ni derecho a indemnización alguna.

2.- Debate en la suplicación.

La parte actora interpone recurso de suplicación en el que, en lo que aquí interesa, insiste en que debe acudir a la vía del art. 52 c) del ET para extinguir su relación de trabajo ya que las plazas creadas eran de funcionarios por lo que la doctrina del TS también es aplicable a casos como el suyo en tanto que tal proceder implica realmente una amortización de su plaza laboral. Igualmente, considera que se ha vulnerado su derecho de tutela judicial efectiva porque a quienes no demandaron no fueron adscritos a plaza alguna y sus relaciones laborales siguen vigentes y solo a quienes demandaron les asignaron plazas de funcionarios con extinción por ocupar la plaza dicho personal de carrera. Finalmente, considera que, aunque se parta de la válida extinción del contrato, le correspondería la indemnización de 12 días, con cita de la STS de 25 de noviembre de 2013 .

La Sala de lo Social del TSJ resuelve el recurso rechazando los dos primeros motivos por considerar que no se está ante una amortización de la plaza ocupada por la demandante, como tampoco que se haya acreditado la vulneración del derecho de indemnidad al no existir prueba al respecto. Finalmente, en relación con la indemnización que se reclama con cita de doctrina de esta Sala, recogida en la STS de 4 de febrero de 2016, rcud 2638/2014 , considera que procede la indemnización de 8 días a tenor de la D. Transitoria 13ª del ET .

TERCERO. -Examen de la contradicción en relación con la aplicación del art. 52 c) del ET en la extinción de un contratado indefinido no fijo.

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales"

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales,

2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 26 de junio de 2015, rec. 1219/2015 , resuelve un supuesto en el que se plantea demanda de despido frente a la extinción del contrato de interinidad por vacante vinculada a la oferta pública de empleo de 2009.

Según los hechos probados de dicha sentencia, la actora, tras haber prestado servicios temporales desde 2003, firmó el 1 de diciembre de 2009 un contrato de interinidad por vacante para prestar servicios como Auxiliar Administrativo en la Fundación. En la Oferta de Empleo de 2009 se contemplaban tres plazas de auxiliar administrativo para el turno libre. El 4 de abril de 2014 se aprueba el catálogo de puesto de la Fundación relacionándose tres de auxiliares administrativo. En 27 de octubre de 2014 se acordó la contratación de una persona como auxiliar administrativo en la Fundación. La actora recibió comunicación de extinción del contrato con efectos del 31 siguiente.

La sentencia de contraste, en lo que aquí se plantea, considera que la demandada debió acudir a la vía del art. 52 c) del ET para extinguir el contrato de la trabajadora porque había adquirido desde 2003 la condición de indefinida no fija y ante los términos de la comunicación de extinción que le fue remitida a la demandante, desestima el recurso porque la amortización de una plaza debe articularse por aquel procedimiento, incluso cuando afecta a trabajadores indefinidos nos fijos. Y ello previa consideración de que lo que invoca la Administración demandada, sobre que la extinción se ha producido por cobertura de la vacante, no se corresponde con el contenido de la comunicación extintiva que transcribe y en la que no se hacía referencia a la causa de extinción.



3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS .

En efecto, en ambos casos se cuestiona si la extinción de la relación laboral que se ha calificado como indefinida no fija debe articularse por la vía del art. 52 c) del ET y, aunque los hechos difieren en algún aspecto, es lo cierto que sus situaciones son sustancialmente iguales por lo que sus pronunciamientos son contradictorios.

Así en la sentencia recurrida se comunica la extinción del contrato indefinido no fijo porque se ha cubierto la vacante, consecuencia del proceso de selección en el que se incluyó la que ocupaba la parte actora y en la sentencia de contraste la extinción del contrato no se realiza con indicación de la causa del cese, según expone expresamente la sentencia de contraste y por ello aplica la doctrina relativa a la amortización de la plaza y la vía del art. 52 c) del ET . Ello, que pudiera justificar la falta de identidad, debe perfilarse porque, en relación el debate que aquí se trae, los hechos se deben centrar en otros elementos.

En ambos casos se ha procedido a la extinción de una relación laboral; en ambos casos no consta que la plaza haya sido cubierta por personal laboral que ha obtenido la plaza en virtud de un proceso de selección. Con estos datos es suficiente para apreciar la contradicción respecto de si la Administración ha actuado conforme a derecho al extinguir el contrato si acudir al art. 52 c) del ET .

CUARTO. -Examen de la contradicción en relación con la vulneración del derecho de tutela judicial efecto, en su vertiente de garantía de indemnidad.

1.- Sentencia de contraste.

En este punto de contradicción se invoca como sentencia referencial la dictada por el TC 171/2005, de 20 de junio .

Los hechos sobre los que se resuelve el recurso de amparo recogen que, por sentencia de 8 de marzo de 2002, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, se reconoció a las trabajadoras la condición de indefinidas no fijas de la Comunidad de Madrid, confirmando en ese extremo la sentencia de 4 de junio de 2001 que dictó el Juzgado de lo Social. A los pocos días de dictarse la sentencia de instancia, el 12 de junio de 2001 , la demandada remitió comunicación a las demandantes dando por concluida su relación de servicios, frente a la que plantearon demanda de despido que fue estimada en sentencia de 4 de diciembre de 2001 que declaró el despido nulo si bien, al resolver el recurso de suplicación, la Sala de lo Social del TSJ dictó sentencia el 27 de septiembre de 2002 declarándolo improcedente, adquiriendo firmeza dicho pronunciamiento al ser dictado auto de inadmisión de 27 de mayo de 2003, en el recurso de unificación de doctrina que se presentó.

El recurso de amparo se presentó frente a esta última sentencia de suplicación al considerar las trabajadoras que el despido debía calificarse de nulo por vulneración del derecho de tutela judicial efectiva al ser una represalia por la demanda que habían planteado, reclamando su relación laboral indefinida no fija. El TC otorga el amparo porque considera vulnerando aquel derecho fundamental.

2.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

Entre las sentencias comparadas existe la identidad sustancial que permite apreciar la contradicción en sus pronunciamientos.

En efecto, en la sentencia de contraste se procede a la extinción de la relación de servicios cuando ya se había dictado una sentencia definitiva que declaraba a las demandantes como trabajadoras indefinidas no fijas. Lo mismo sucede en la sentencia recurrida, en la que la demandante obtuvo la sentencia declarándola indefinida no fija en 2013 y posteriormente se procede a la extinción de dicha relación laboral. Es cierto que en un caso la extinción del contrato se produjo sin haber adquirido firmeza la sentencia que reconocía la relación indefinida no fija y que en el caso de la recurrida transcurrió unos dos años pero ello no es óbice para apreciar la identidad por cuanto que en el caso de la recurrida ha de atenderse también a que la demandada dotó a la plaza de la actora el carácter de funcional y la ocupó un funcionario de carrera con lo que se valora es ese comportamiento que no arranca desde la fecha de extinción. Esto es, el comportamiento de la Administración demandada en un caso y otro, de cara a provocar la extinción del contrato, no difiere sustancialmente a la hora de valorar si tal proceder constituye una represalia por el ejercicio de los mismos derechos laborales.

QUINTO. - Motivo de infracción de norma en relación con la vulneración de la garantía de indemnidad.

La parte actora articula este punto de contradicción con carácter subsidiario a la primera cuestión que suscita en este recurso y que se refiere a la vía a seguir para la extinción del contrato, siendo que en su demanda y escrito de recurso de suplicación ha estado planteando el debate en otro orden, interesando la nulidad del



despido y, subsidiariamente, la improcedencia, tal y como, por otro lado, dispone el art. 108.3 de la LRJS cuando le indica al órgano judicial la preferencia que tiene una calificación sobre otra a la hora de que resuelva la pretensión. Es por ello por lo que debemos examinar en primer lugar la nulidad del despido y lo que al respecto ha formulado el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina.

1. Requisitos del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina. Cita del precepto legal infringido y fundamentación de su infracción legal, cometida por la sentencia recurrida.

Según dispone el art. 224.1 de la LRJS, el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener:

"a) Una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219.

b) La fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia"

En el apartado 2 del citado precepto dispone que " Para dar cumplimiento a las exigencias del apartado b) del número anterior, en el escrito se expresará separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción a que se refiere el apartado a) precedente, por el orden señalado en el artículo 207, excepto el apartado d), que no será de aplicación, razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de que se invoque la unificación de la interpretación del derecho, haciendo referencia sucinta a los particulares aplicables de las resoluciones que establezcan la doctrina jurisprudencial invocada".

Esta Sala viene interpretando el art. 224.2 de la citada Ley diciendo que el escrito de interposición del recurso que no contiene un apartado destinado al derecho aplicado y adolece de la cita del precepto o preceptos legales que hubieran podido ser infringidos por la sentencia recurrida incurre en un defecto que constituye causa de inadmisión del recurso. Así se dice que "no cabe desconocer que el recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso extraordinario y que, como tal, tiene que estar fundado en un motivo por infracción de ley. Así lo dispone el art. 224.1.b) LRJS, de forma que resultan plenamente aplicables en este recurso -de entre los preceptos de la LECiv- los arts. 477 [ha de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso], 481 [en el escrito de interposición del recurso ha de exponerse, con la necesaria extensión, sus fundamentos] y 483.2.2º [será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición], en cuyos criterios coincide plenamente el art. 224.2 de la precitada LRJS, al prescribir que "en el escrito se expresará separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos [...] razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas" (en esta línea, sirvan de ejemplo las SSTS 28/02/12 -rcud 1885/11 -; 06/03/12 -rcud 519/11 -; y 02/12/13 -rcud 3278/12 -). De aceptarse otra solución, el Tribunal asumiría una función de defensa material de la parte recurrente que quebraría el principio de imparcialidad inherente a la función de juzgar y supondría improcedente aplicación del principio "da mihi factum, dabo tibi ius", que es ajeno al recurso de casación (entre las últimas, SSTS 29/09/14 -rcud 901/13 -; y SG 23/03/15 - rco 49/14 -)" [STS 30/06/2015, rcud 854/2014].

2. Falta de denuncia del precepto legal infringido y de fundamentación de la infracción

En el presente caso se ha omitido por completo la formulación de un apartado destinado a la denuncia de una infracción legal ni se han identificado los concretos preceptos legales que se consideran infringidos, ya que no basta a tal efecto con hacer el análisis de la contradicción, por medio del cual se da cumplimiento a la relación precisa y circunstancia que exige la norma, que es lo que realmente ha realizado la parte recurrente en el segundo apartado del escrito de interposición del recurso, sin tan siquiera identificar a lo largo del mismo el precepto que entiende vulnerado ni, tampoco, en el último apartado en el que, bajo el título de quebrantamiento producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia y en lo que al presente motivo se refiere, tan solo menciona el derecho de tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad.

Ello, incluso, al margen de que, si atendiéramos al carácter subsidiario que la recurrente ha dado a este motivo y, para no incurrir en una alteración del debate que a ella interesa, el motivo vendría innecesario si se admitiera el que con carácter principal aquí ha formulado y seguidamente pasamos a resolver.

SEXTO. - Motivo de infracción de norma, en relación con el procedimiento a seguir para proceder a extinguir una relación laboral indefina no fija .



1.- Preceptos legales denunciados.

A diferencia de lo que se ha apreciado en el anterior punto de contradicción, en el que ahora analizamos, aunque tampoco existe un específico planteamiento relativo a la infracción de norma es lo cierto que al realizar la relación precisa y circunstanciada de la contradicción en relación con el procedimiento que debió seguir la demandada para extinguir su relación laboral, se identifican el art. 52 c) del ET, en relación con el art. 51 y 53 del mismo texto legal, pudiendo tener por cumplida, igualmente, la fundamentación de dicha infracción, con lo cual podemos pasar a resolver este motivo del recurso.

2.- Doctrina de la Sala.

Como venimos refiriendo a lo largo de esta resolución, la sentencia recurrida ha entendido que la extinción de la relación laboral indefinida no fija de la demandante no debió ser articulada por la vía del art. 52 c) del ET en tanto que la demandada no ha procedido a la amortización de la vacante, siendo este el supuesto en el que la jurisprudencia ha establecido la necesidad de acudir a tal vía para extinguir aquellas relaciones laborales.

Ese razonamiento de la sentencia recurrida, en principio, se ajusta a la doctrina que esta Sala ha establecido a tal efecto en las propias sentencias que la Sala de suplicación recoge.

Ahora bien, las circunstancias del caso no pueden reducirse al solo hecho de que la plaza ha sido cubierta en un proceso de selección, sino que debe atender, también, a otros hechos que son relevantes a la hora de analizar la situación de la demandante y la válida extinción de su relación laboral indefinida no fija.

Nos referimos a la decisión de la demandada, tras ser condenada a estar y pasar por la declaración de que la demandante tenía una relación laboral indefinida no fija, de desvincular su plaza de naturaleza laboral para dotarle de la funcional y someterla a un proceso de selección de funcionarios de carrera.

Al respecto debemos recordar que esta Sala, en sentencia de 13 de diciembre de 2016, rcud 2059/2015, resuelve un supuesto similar al presente, en relación con la existencia de despido de quien ostentaba una relación laboral indefinida no fija con un organismo público y fue adscrita a una plaza de funcionario. En ella se recoge doctrina precedente que decía lo siguiente: "La cuestión controvertida, esto es, determinar si el cese del actor fundado en la ocupación de la plaza de funcionario que venía ocupando a pesar de ser trabajador laboral de carácter fijo discontinuo puede o no calificarse como despido ha sido resuelta por esta Sala en sentencias de 7 de julio de 2015, rcud. 2598/2014 y de 9 de junio de 2016, rcud. 25/2015, a cuya doctrina hay que estar por elementales razones de seguridad jurídica. En la última de las sentencias citadas dijimos que "La Sala considera que el cese de la actora debe ser calificado como despido porque el hecho de que se hubiese amortizado una plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrita la demandante, no permite apreciarla existencia de una causa lícita subsumible en el apartado b) del nº 1 del art. 49 ET, para extinguir el vínculo laboral. Así, dice la sentencia que no cabe hablar de cobertura reglamentaria de la plaza ni de amortización, ya que el vínculo laboral continúa subsistente al tratarse de una plaza de funcionario que se amortiza y que la trabajadora ocupaba indebidamente, de forma que el cese de la trabajadora, por amortización, debe ser calificado como despido". Y ello con independencia de la forma del cese que no ha sido cuestionada en el presente procedimiento, pero que en las aludidas sentencias se recuerda que "Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET [cauce ya previsto por la DA vigésima ET]" y STS de 20 de julio de 2017, rcud. 2832/2015.

La aplicación de esta doctrina al caso lleva a apreciar que la demandada ha extinguido una relación laboral indefinida no fija indebidamente ya que no ha acudido a la vía del art. 52 c) del ET

Debemos indicar que aunque en la sentencia de esta Sala que acabamos de referir se había amortizado la plaza de funcionario, en la sentencia de contraste, que allí permitió entrar a conocer del recurso, el trabajador indefinido no fijo fue cesado por ocupar la plaza un funcionario de carrera -tal y como aquí sucede- lo que se equiparó, a la hora de valorar la existencia de contradicción, a una situación pura de amortización y por ello se entró a resolver en el sentido expuesto. Por tanto, en el caso que nos ocupa debe entenderse que la forma de proceder de la demandada, dotando al puesto que desempeñaba la demandante del carácter funcional, cuando ostentaba la condición de laboral indefinida no fija, y, posteriormente, procediendo al cese de la trabajadora, cuando se cubre la plaza por el funcionario de carrera, está suprimiendo un puesto laboral, aquel en el que debía permanecer la parte actora hasta que fuera adjudicada esa plaza a otro trabajador, lo que supone que la Administración ha decidido amortizar esa plaza laboral. Y si ello se ha producido, es evidente que, siguiendo la doctrina de esta Sala, debería haber acudido a la vía del art. 52 del ET para extinguir esa relación indefinida no fija por no mantener la plaza laboral que la actora debía cubrir.

Y para ello también acudimos a lo que dispone la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, en su art. 28 cuando dice, como regla general, que



las plazas deben ocuparse por los cuerpos a las que se las vincula, salvo particulares situaciones que aquí no se produce. En efecto, se dice en aquel precepto que "1. La plantilla de personal funcionario de carrera de la Administración del Principado de Asturias estará formada por la totalidad de las plazas que integran los distintos Cuerpos de la misma.

2. La plantilla del personal laboral de la Administración del Principado de Asturias comprenderá la totalidad de los puestos de trabajo de esta naturaleza, relacionados en cada Consejería por Centros o Dependencias" y el art. 30, en su apartado 3 dispone que "Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Principado de Asturias serán desempeñados por funcionarios públicos.

Podrán, no obstante, ser desempeñados por personal laboral:

a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y de conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas y protección civil, así como los correspondientes a áreas de expresión artística.

c) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

d) Los puestos correspondientes a las áreas sanitarias y de servicios sociales.

Con las excepciones previstas anteriormente, estarán reservados a funcionarios públicos los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad, fe pública, asesoramiento legal y económico, control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad, tesorería y los de carácter técnico-administrativo".

Esto es, la demandante, siendo laboral indefinida no fija, fue adscrita a una plaza de funcionario, del Grupo A. como gestor/a de administración, plaza que encaja dentro de las que la anterior Ley reserva para su desempeño por funcionarios de carrera, sin que tan siquiera puedan ser atendidas provisionalmente por personal laboral.

Consecuencia de todo ello y siguiendo el criterio adoptado por esta Sala, debemos concluir en el sentido de considerar que estamos ante un despido que debe calificarse de improcedente, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 c) y 53 del ET .

SÉPTIMO. - Llegados a este punto, resulta innecesario entrar a conocer del tercer motivo que, también como subsidiario, plantea la parte dado que la indemnización que corresponde por la extinción del contrato es la que deriva de la calificación de improcedente que aquí se estima, a tenor de los preceptos anteriormente citados.

En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso y, casando la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal naturaleza planteado por la parte actora y, revocando la sentencia de instancia, debemos declarar la improcedencia del despido de la demandante, condenando a la demandada a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fija en 39.696,48 euros. Sin imposición de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 235 LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Carmen Velasco Castañón, en nombre y representación de D^a Palmira .

2.- Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 20 de septiembre de 2016, en el recurso de suplicación 1908/2016 , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, el 25 de mayo de 2016 , en los autos núm. 600/2015, seguidos a instancia de D^a Palmira contra el Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias (SEPEPA)-Consejería de Economía y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias, en materia de despido.

3.- Resolviendo el debate planteado en suplicación, debemos estimar el recurso de la parte actora y, revocando la sentencia de instancia, se estima la demanda, declarando la improcedencia del despido, condenando a



la demandada a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación o, a elección de dicho demandado, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fija en 39.696,48 euros.

4. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ