



Roj: **STSJ AS 842/2017 - ECLI: ES:TSJAS:2017:842**

Id Cendoj: **33044340012017100656**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **493/2017**

Nº de Resolución: **649/2017**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE FELIX LAJO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00649/2017

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL - OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33044 44 4 2016 0002204

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000493 /2017

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 374/2016

Sobre: RESOLUCIÓN CONTRATO

RECURRENTE/S D/ña Crescencia

ABOGADO/A: RICARDO TELENTI LABRADOR

RECURRIDO/S D/ña: ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIANOS DE ASTURIAS, FONDO DE GARANTIA SALARIAL

ABOGADO/A: LETRADO COMUNIDAD, FOGASA

Sentencia nº 649/2017

En OVIEDO, a veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el Tribunal de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, formado por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVÍN y D. JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA



En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN 493/2017, formalizado por el Letrado D. Ricardo Telenti Labrador, en nombre y representación de D^a Crescencia , contra la **sentencia** número 676/2016 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 6 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 374/2016, seguido a instancia de la citada recurrente frente al Organismo ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIANOS DE ASTURIAS, representado por el Letrado de la Comunidad y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, representado por el Abogado del Estado, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a Crescencia presentó demanda contra el Organismo ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIANOS DE ASTURIAS y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 676/2016, de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dieciséis .

SEGUNDO.- En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º .- D^a Crescencia , comenzó a prestar servicios para la entidad ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIANOS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS el 15 de mayo de 2007, con la categoría profesional de Operaria de Servicios, con un salario bruto diario en cómputo anual de 57,33 euros, sujeta en cuanto a sus condiciones laborales al Convenio Colectivo de para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

2º.- El contrato de trabajo era temporal de interinidad, teniendo como objeto "cubrir la vacante existente con número de código de puesto de trabajo NUM000 en la Residencia El Cristo durante el tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza, o bien, hasta que sea amortizada o transformada, todo ello por los procedimientos legalmente establecidos".

3º .- Con anterioridad, la demandante había prestado servicios para el mismo organismo durante los siguientes períodos:

- Del 25-04-07 al 29-04-07
- Del 09-04-07 al 13-04-07
- Del 28-03-07 al 01-04-07
- Del 17-01-07 al 19-03-07
- Del 09-01-07 al 15-01-07
- Del 26-11-06 al 29-12-06
- Del 17-11-06 al 21-11-06
- Del 11-10-06 al 03-11-06
- Del 16-09-06 al 30-09-06
- Del 21-08-06 al 15-09-06
- Del 24-07-06 al 07-08-06
- Del 16-07-06 al 16-07-06
- Del 09-03-06 al 11-07-06
- Del 13-09-99 al 08-03-06
- Del 16-07-99 al 12-09-99
- Del 16-06-99 al 15-07-99
- Del 01-07-98 al 31-08-98
- Del 01-07-97 al 31-08-97
- Del 01-07-96 al 31-08-96

4º .- Por sentencia de este Juzgado de fecha 8 de febrero de 2016, se declaró a la demandante afectada de una invalidez permanente total para su profesión habitual de Auxiliar de Geriátrica que desempeñaba en la Residencia de El Cristo, con efectos económicos al cese en el trabajo.



Desde el 12 de enero de 2016 la demandante permaneció en la situación de incapacidad temporal.

5º .-Por Resolución de la Gerencia de fecha 17 de julio de 2014, se acordó contratar el servicio de lavandería del CPR El Cristo desde el 1 de agosto al 30 de septiembre de 2014 con la empresa CLECE S.A. por un precio de 7.468,59 € mes IVA incluido, la cual fue objeto de prórroga para el año 2015.

El 21 de enero de 2016 se acordó adjudicar a la misma empresa la prestación del servicio del tren de lavado, limpieza y recogida de carros, bandejas, menaje en general y limpieza, por un precio de 12.355,16 € mensuales IVA incluido por el período comprendido del 25 de enero al 29 de febrero.

Las labores contratadas son las mismas que llevaba a cabo la actora.

6º .- El 17 de marzo de 2016 se le comunicó a la demandante que debido a las jubilaciones definitivas del personal laboral del colectivo de operarios de servicios producidas en el año 2015 y las previsibles para 2016 en los centros CPRM Santa Teresa de Oviedo y CPRM Mixta de Gijón, se iba a efectuar la reasignación de 5 operarios de servicios del CPRM de El Cristo a los dos centros anteriormente citados, a los que se asignarían 2 y 3 trabajadores respectivamente, siguiéndose para los traslados en primer lugar el criterio de la voluntariedad y subsidiariamente el de la obligatoriedad; en el primer caso tendrían preferencia los trabajadores fijos sobre los temporales, y dentro de cada grupo por orden de antigüedad en el Centro, de mayor a menor; en el segundo caso serían trasladados en primer lugar los temporales antes que los fijos, y dentro de cada uno de ellos los que menor antigüedad tuviesen en el Centro.

En el Centro de El Cristo prestaba servicio el siguiente personal laboral (además de 9 funcionarios):

- D^a. María Milagros , es personal fijo.
- D^a. Catalina , es personal fijo.
- D^a. Gema , se trasladó voluntariamente a Gijón.
- D^a. Noemi , se trasladó voluntariamente a Gijón.
- D^a. Virtudes , se trasladó voluntariamente a Gijón.
- D^a. Belinda , trasladada forzosa a Santa Teresa.
- D^a. Crescencia (demandante), trasladada forzosa a San Teresa.

Las cinco trabajadoras desplazadas estaban ocupando plazas temporales por interinidad.

No se incorporó ningún trabajador a la Residencia El Cristo.

7º .- El 28 de marzo de 2016, por parte del INSS se comunicó al ERA que se había dictado sentencia en materia de incapacidad permanente de la demandante, y que dicha declaración era causa de extinción del contrato.

8º .- El artículo 17 de la Resolución de la Consejería de Economía y Administración Pública del Principado de Asturias de 20 de febrero de 2004, establece: "... 2. En el supuesto de que en un mismo centro de trabajo existan dos o más puestos de trabajo no singularizados, idénticos y con las mismas funciones, cesará el más antiguo en el último contrato, teniendo en cuenta que si hubiera varios contratos encadenados, aunque sean de distinta naturaleza, se considera como un solo contrato. Si hay varios contratos interrumpidos se considera la última interrupción. 3. Si existiera empate se tendrá en cuenta la antigüedad total en el Principado de Asturias, es decir, la primera vinculación laboral con el Principado".

9º .- De los trabajadores destinados en el CPRPM SANTA TERESA, la demandante y otra trabajadora temporal eran las que ostentabas la mayor antigüedad en el último contrato (o en virtud del encadenamiento de contratos) teniendo la misma fecha de incorporación, aunque la actora era la que ostentaba la mayor antigüedad en el E.R.A.

10 .- D. Clemente fue contratado mediante un contrato de trabajo fijo tras superar el proceso selectivo, para incorporarse a la Residencia Santa Teresa como Operario de Servicios.

11º .- El 4 de abril de 2016 le fue remitida a la demandante la siguiente comunicación literal: "Con relación al puesto vacante de Operario de Servicios que Ud. viene ocupando en CPRPM SANTA TERESA de Oviedo, mediante contrato laboral temporal de interinidad, por la presente le notifico que, según el procedimiento legalmente establecido, con fecha 10 de abril de 2016, habrá de cesar en dicho puesto de trabajo a causa de su cobertura definitiva, al producirse la incorporación el día 11 de abril de 2016 de la persona que ha obtenido esa plaza, en el proceso selectivo convocado por Resolución de 14 de marzo de 2008 (BOPA 3 de abril de 2008).

Lo que le comunico para su conocimiento y efectos oportunos, agradeciéndole los servicios prestados".



12º .- El 7 de abril de 2016 se dictó Resolución por parte del E.R.A. por la que se acordó la extinción del contrato de trabajo de la actora con efectos al 11 de enero de 2016, como consecuencia de la comunicación recibida del INSS por la declaración de incapacidad permanente con efectos a la fecha del cese en el trabajo, siendo dada de baja en la Seguridad Social con efectos al 11 de enero de 2016 al haber pasado el 12 de enero de 2016 a la situación de incapacidad temporal y haber cesado por tanto en esa fecha en el trabajo.

13º .- Disconforme la actora con la decisión extintiva del día 4 de abril de 2016, presentó con fecha 14 de abril de 2016 reclamación previa, la que fue tácitamente desestimada mediante silencio administrativo.

14º .-La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni representativo alguno.

15º.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

TERCERO.- En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda presentada por D^a. Crescencia contra la entidad ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIANOS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (E.R.A.), debo absolver y absuelvo a la entidad demandada citada de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Crescencia formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 17 de febrero de 2017.

SEXTO.- Admitido a trámite el recurso se señaló el día 9 de marzo de 2017 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RECURSO INTERPUESTO.

Interpone recurso la trabajadora demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo, de fecha 27 de diciembre de 2016, que desestima su demanda de despido por no existir el mismo sino, en primer lugar, su cese por ser declarada en situación de IP total, y, posteriormente, fue cesada por la válida terminación de su contrato de interinidad, puesto que se cubrió reglamentariamente la plaza, por lo que no le concede derecho indemnizatorio alguno. El recurso se articula en una triple vía: nulidad de la sentencia por incongruencia, revisión de hechos probados e infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

EL Servicio jurídico del Principado de Asturias, en representación de ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIANOS DE ASTURIAS ha impugnado el recurso, realizando las alegaciones que constan en autos.

SEGUNDO.- NULIDAD DE LA SENTENCIA.

En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 193 a) LRJS se solicita por la recurrente la nulidad de la sentencia, invocando como vulnerados los artículos 24 de la Constitución, 238 y 240 LOPJ y 209, 216 y 218 LEC; por entender que la sentencia no se pronuncia sobre la decisión extintiva que se impugna en la demanda, que es la acaecida el día 10 de abril de 2016, -cobertura definitiva de la plaza-, y se centra exclusivamente en el cese posterior que tiene por causa su declaración en situación de IP total; y que por tanto la sentencia es incongruente y le provoca indefensión.

La jurisprudencia ha perfilado el criterio respecto de la congruencia del siguiente modo: a) *Ha de conjugarse entre suplico y fallo y se comprueba mediante la conformidad de personas, cosas, causas y acción, de modo que debe existir perfecta correlación entre las peticiones formuladas en el proceso y los pronunciamientos de la sentencia, sin que para determinar esa concordancia deba atenderse a los fundamentos jurídicos sino, exclusivamente, a la parte dispositiva de la misma, que es contra la que cabe interponer recursos.* b) *Puede ser positiva -se resuelven cuestiones no planteadas ni susceptibles de ser abordadas de oficio-, o negativa -se omite decidir sobre temas planteados correctamente- (STS 21- 6-1982 [RJ 1982, 4059]).* c) *Supone que no se conceda más de lo pedido en la demanda ni menos de lo admitido por el demandado, así como no otorgar algo distinto de lo pretendido, ya que existe íntima conexión entre congruencia y principio dispositivo.* d) *No se produce tal anomalía procesal cuando la sentencia verse sobre puntos o materias que, aun no habiéndose sometido a debate por los contendientes, se halle facultado el Tribunal para introducir «ex officio», al tener marcado interés público, como ocurre en los presupuestos procesales (SSTC 77/1986 [RTC 1986, 77] y 61/1989 [RTC 1989, 61]).* e) *En síntesis, se incurre en incongruencia cuando se concediere lo que no se hubiese postulado, o cosa distinta de lo pedido, o se resolviese lo que no se planteó ni cabe introducir «ex officio» o se alterase la «causa petendi» o el fallo careciese de exhaustividad respecto a lo controvertido.*



A mayor abundamiento, dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia, cabe destacar:

a) STC 32/1992, de 18 de marzo (RTC 1992, 32), en cuyo fundamento jurídico dice: "es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener tutela judicial efectiva sin que en ningún momento se produzca indefensión, comprende, entre otros contenidos, el principio de que el Juez o Tribunal no puede modificar o alterar los términos del debate procesal, alteración que se produce cuando el órgano judicial por iniciativa propia se pronuncia sobre pretensiones que no han sido promovidas por ninguna de las partes. Los pronunciamientos gratuitos o sobre temas no propuestos por las partes suponen un menoscabo del derecho de defensa contradictoria de las partes, en cuanto se priva a las mismas de la posibilidad de alegar o enmendar lo que estimen conveniente a sus intereses. Los órganos judiciales están obligados a decidir conforme a lo alegado, no otorgando más de lo pedido ni menos de lo aceptado por el demandado, ni tampoco cosa distinta de lo solicitado por las partes, dando audiencia bilateral; de forma que no es justificable un pronunciamiento que altere el objeto procesal, sea porque la cuestión no ha sido objeto de debate, bien porque no ha habido audiencia de las partes, salvo que la falta de audiencia obedezca a la no comparecencia por propia voluntad o negligencia del afectado (SSTC 142/1987 [RTC 1987, 142], 114/1988 [RTC 1988, 114] y 6/1990 [RTC 1990, 6])".

b) Sentencia del TC 2/1992 (RTC 1992, 2), en su fundamento jurídico núm. 2, indica que las exigencias de motivación que el art. 24.1 CE impone a las resoluciones judiciales no implican necesariamente una contestación expresa a todas y cada una de las alegaciones vertidas por las partes a lo largo del proceso. Por el contrario, según doctrina de este Tribunal (por todas, 174/1990 [RTC 1990, 174]), el silencio del órgano judicial respecto a alguna de las cuestiones suscitadas por las partes puede resultar ajustado a las exigencias del art. 24.1 CE cuando, atendidas las circunstancias del caso, pueda ser razonablemente interpretado como desestimación tácita de la argumentación esgrimida por el litigante.

En nuestro caso, las alegaciones que sobre tal vicio procesal formula la recurrente han de ser desestimadas, pues lo cierto es que el Juzgador «a quo» ha analizado el cese por cobertura reglamentaria de la plaza, -además del cese por declaración en situación de IP total-, y ha descartado que se haya producido un despido de la trabajadora, por lo que desestima la demanda.

Existe un pronunciamiento desestimatorio de la demanda analizando las dos comunicaciones de cese remitidas a la trabajadora. Siendo así, no existe la incongruencia omisiva o negativa denunciada en el escrito de recurso. El hecho de que el juzgador no se pronuncie expresamente acerca de la pluralidad de contratos que vincularon a la trabajadora con la empresa no implica que se haya producido una incongruencia generadora de nulidad de su pronunciamiento. Como ya se ha indicado el TC admite la "desestimación tácita" de alguna de las alegaciones vertidas por las partes, - STC 2/92 y 174/90 -, y es lo ocurrido en nuestro caso, en el que el juzgador desestima la demanda al constatar la cobertura reglamentaria de la plaza que la demandante venía ocupando en calidad de interina. Como después se razonará con más amplitud, el hecho de que la trabajadora haya adquirido la condición de indefinida no altera el núcleo esencial de la cuestión, que es la existencia de causa legal para su cese. El Tribunal rechaza este primer motivo del recurso.

TERCERO.- REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS.

En el segundo motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 b) LRJS , por el trabajador recurrente se solicita la revisión del relato de hechos probados, interesando la ampliación del hecho probado duodécimo para introducir la frase siguiente: *la fecha de salida de registro de dicha resolución fue de 14 de abril de 2016, coincidente con la de la interposición de la reclamación previa.*

Hay que tener presente que la revisión de hechos probados está constreñida en nuestro ordenamiento procesal laboral, habida cuenta el carácter extraordinario del recurso de suplicación. Dicho carácter supone que el recurso de suplicación no es una segunda instancia y que la valoración de la prueba es competencia del Juez de lo social, que preside el acto del juicio y la práctica de la misma conforme a los principios de oralidad e inmediatez, - artículo 74 LRJS -. Por consiguiente, la modificación del relato de hechos probados únicamente es posible cuando a través de la prueba documental o pericial, -en ningún caso testifical-, se constata un error claro y evidente del juzgador.

Conviene además recordar las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 16 de septiembre de 2014, rec. 251/2013 , 14 de mayo de 2013, rec. 285/2011 y 5 de junio de 2011, rec. 158/2010 , entre otras) sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica, a saber:

- a).- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- b).- Que se cite concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.



c).- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

d).- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, *SSTS 17 de enero de 2011 -rcv 75/10 ; 18 de enero de 2011 -rcv 98/09 ; y 20 de enero de 2011 -rcv 93/10*).

Insistiendo en la segunda de las exigencias, se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, *SSTS 22 de mayo de 2006 -rec. 79/05 ; y 20 de junio de 2006 -rec. 189/04*).

En el caso que nos ocupa resulta parcialmente admisible la revisión de hechos probados interesada por la parte recurrente, por los razonamientos siguientes:

Tal y como ya se dijo en la sentencia anterior de este Tribunal de fecha 22 de noviembre de 2016, -que anulaba la anterior del Juzgado de instancia-, la comunicación del cese por IP total tuvo salida el *13 de abril de 2016* . Así se desprende del documento obrante al folio 156 de las actuaciones, que es el invocado por la recurrente a efectos revisorios. Se trata de un documento emitido por la propia empresa, suscrito por la jefa de personal y que no consta impugnado en cuanto a su autenticidad, por lo que ha de ser admitido para la ampliación fáctica solicitada. El propio informe de la empresa obrante al folio 143 de las actuaciones admite, sin lugar a dudas, que la comunicación del cese por IP lleva fecha registro de salida 13 de abril de 2016. Es pues un hecho incontrovertido por la propia empresa. La parte recurrente erróneamente fija en el día 14 de abril de 2016 la fecha de salida, cuando se produjo un día antes, el día 13 de abril. Se trata de una confusión irrelevante, puesto que lo esencial es que la comunicación de ese cese fue posterior a la efectividad del cese por cobertura reglamentaria de la plaza, que se produjo el día 10 de abril de 2016, -HP undécimo-. El sentido y la finalidad de la ampliación fáctica es precisamente dejar constancia de la prioridad en el tiempo del primer cese, -el del día 10 de abril por provisión de la plaza-, habida cuenta la fecha de registro de salida del segundo cese por IP, -el día 13 de abril de 2016-. Se admite por tanto la ampliación del HP segundo para introducir dicha fecha de salida, -13 de abril de 2016-, que no coincide con la de la reclamación previa, que se presentó el día 14 de abril de 2016, -folio 23-.

Por consiguiente, se admite parcialmente la alteración del hecho probado decimosegundo, pues la propia sentencia anterior de este Tribunal ya constató la fecha de salida del documento que acordaba el cese por IP, -13 de abril de 2016-, que era claramente posterior a la efectividad del cese por cobertura reglamentaria de la plaza, -10 de abril de 2016-. Téngase en cuenta que el despido es un acto unilateral del empresario pero "recepticio", de manera que hasta que el trabajador no tiene constancia del mismo no puede considerarse producido. A tenor del artículo 55.1 ET en la notificación del despido se debe señalar la fecha en que tendrá efectos, que nunca podrá ser anterior a la fecha en que el trabajador reciba la comunicación. En este caso, el Magistrado de instancia ha tomado como fecha del cese por IP la de la resolución de la empresa, -siete de abril de 2016-, cuando la fecha de efectos de ese cese no puede ser anterior al día 13 de abril de 2016, -fecha registro de salida-. Por consiguiente, el primer cese es por causa de cobertura reglamentaria de la plaza, y es el que debe ser analizado con carácter prioritario.

Los documentos invocados por la recurrente permiten de manera fehaciente afirmar la equivocación del juzgador al considerar primero en el tiempo el cese por IP, de ahí que prospera en parte la revisión fáctica interesada.

CUARTO.- DENUNCIA JURÍDICA.

En el tercer motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por el trabajador recurrente infracción de los artículos 49.1 e), 15 c), 15.3 y 15.6, 51 y 52 ET, de los arts. 4.2 y 8.2 b del RD 2720/98, y del art. 70 EBEP; por considerar que la declaración de IP total no extingue automáticamente el contrato de trabajo, sino que es precisa una manifestación de voluntad empresarial, la cual en este caso fue posterior en el tiempo al cese por cobertura reglamentaria de la plaza, que es el que hay que enjuiciar; que el trabajador al tiempo del cese ya tenía la condición de indefinido no fijo, habida cuenta los numerosos contratos temporales suscritos durante años y la larga duración del contrato de interinidad, -casi nueve años-, lo que implica la improcedencia de la decisión extintiva; que la empresa para extinguir su contrato debió acudir a lo previsto en los artículos 51 y 52 ET; que la extinción del contrato por cobertura de vacante no es ajustada a derecho, puesto que su contrato obedecía a la cobertura de una vacante en el centro CPRM del Cristo y la vacante que se ha cubierto es la del CPRM de Santa Teresa al que ella había sido recientemente trasladada; y que la demandada se ha



limitado a externalizar el servicio contratando a una empresa que ha pasado a realizar los servicios que antes prestaba la actora, -HP quinto-, lo que vulnera los artículos 51 y 52 ET .

QUINTO.- RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL.

Partiendo del parcialmente alterado relato de hechos probados, el motivo ha de ser parcialmente estimado por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

A.- La actora se encontraba vinculada a la empresa demandada, -ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIANOS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS-, mediante un contrato temporal de interinidad, para cubrir una vacante en la residencia de El Cristo, con la categoría de operaria de servicios.

La empresa cesó a la demandante con efectos al 10 de abril de 2016 por cobertura definitiva de la vacante en el proceso selectivo convocado por resolución de 14 de marzo de 2008, -BOPA de tres de abril de 2008, HP decimoprimer-. Como ya hemos adelantado, este cese es anterior en el tiempo al efectuado por declaración de la trabajadora en situación de IP total, por lo que debe examinarse en primer lugar si resulta ajustado a derecho.

En el contrato de interinidad por vacante, en cuanto que contratación temporal, -que no aparece expresamente contemplado dentro del artículo 15 ET -, la cobertura definitiva del puesto constituye causa legal de extinción del contrato.

Conforme a la norma reglamentaria, *artículo 4 del Real Decreto 2720/1998* , que constituye la única regulación de este supuesto de contratación temporal, la duración del contrato de interinidad por vacante es la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima, aunque en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo (como es el caso que nos ocupa), nos dice que la duración de los contratos "coincidirá" con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica. Por su parte el *artículo 8.1.c. del mismo Real Decreto* nos dice que el contrato de interinidad por vacante se extingue por el transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas, *si bien se puede producir la extinción anticipadamente por la cobertura del puesto* . Añade el *artículo 8.2, en sintonía con el 49.c del Estatuto de los Trabajadores* , que "producida la causa de extinción del contrato de interinidad, si no hubiera denuncia expresa y el trabajador continuara prestando sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación".

Por su parte, el EBEP, Ley 7/2007, en su artículo 70.1 dispone literalmente lo siguiente:

"Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años".

En el caso de la demandante, habida cuenta la prolongación de su contrato de interinidad desde el 15 de julio de 2007 hasta el 10 de abril de 2016, -casi nueve años-, nos hallamos ante una trabajadora " *indefinida no fija* ", tal y como postula la parte recurrente.

La plaza ha sido cubierta mediante proceso selectivo público, y adjudicada a don Clemente , quien se incorporó como operario de servicios al centro donde prestaba servicios la actora, -HP décimo-.

Siendo así, no cabe sino concluir que el cese acordado por la empleadora en fecha diez de abril de 2016 por cobertura reglamentaria de la plaza resulta ajustado a derecho, tal y como se ha resuelto en la instancia.

B.- Pese a que la trabajadora tenía la condición indefinida no fija, su puesto de trabajo se ha cubierto mediante proceso selectivo público, que es la "forma natural" de terminación de los contratos "indefinidos no fijos".

Como afirma el TS, Social sección 1 del 05 de julio de 2016 (ROJ: STS 3612/2016 - ECLI:ES: TS:2016:3612) Sentencia: 607/2016 | Recurso: 84/2015 | Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO:

3. *Doctrina sobre terminación del contrato de los indefinidos no fijos.*



Entre otras, las SSTs 8 julio 2014 (rec. 2693/2013), 17 septiembre 2014 (rec. 2069/2013), 11 febrero 2015 (rec. 840/2014), 9 marzo 2015 (rec. 1747/2015) o 22 octubre 2015 (rec. 3054/2014) han abordado las peculiaridades de la extinción del contrato de los indefinidos no fijos. Su doctrina es la siguiente:

El artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore "causas" que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET . Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos esos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente.

Acogiendo esa lógica, aunque sin explicitar la precedente reflexión, en la STS de 3 febrero 2010 (rec. 1715/2009) ya consideramos nula la condición resolutoria pactada en un contrato de trabajo indefinido, que vincula su subsistencia a la duración de la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes, pues con ella la empresa pretende eludir, en fraude de ley, el tratamiento indemnizatorio más favorable para el trabajador previsto en los arts. 52 y 53 ET . Además, el art. 49.1.b ET exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad cede necesariamente en estos casos. Y se reputa cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa.

Tales consideraciones son, mutatis mutandis, trasladables a casos como el ahora resuelto y deben impedir que una causa autónoma de extinción se reconduzca de modo impropio a otra diversa, máxime cuando ello contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (indirectamente acogido por el art. 35.1 CE) y a minorar los derechos de los trabajadores afectados.

En suma: si un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta Dogmática contractual (el papel que el artículo 49.1.b ET puede desempeñar) cuanto el tenor de las actuales normas (DA 20ª ET ; preceptos concordantes del RD 1483/2012) y nuestra más reciente doctrina (STS 24 junio 2014) conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo.

4. Consideraciones sobre el caso enjuiciado.

A) La terminación "natural" del contrato indefinido no fijo remite a la ocupación de la plaza desempeñada por quien haya resultado acreedor a ella tras los pertinentes trámites que el carácter público del empleo exige.

En los mismos términos se pronuncia la sentencia del TS, Social sección 1 del 09 de junio de 2016 (ROJ: STS 3087/2016 - ECLI:ES: TS:2016:3087) Sentencia: 508/2016 | Recurso: 25/2015 | Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL:

"De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, la buena doctrina se contiene en la sentencia recurrida, acorde con la doctrina de esta Sala a la que se ha hecho referencia, pues, tanto en los supuestos de interinidad por vacante, como en los de su transformación en indefinido no fijo por el transcurso del plazo máximo [arts. 70.1 EBEP y art. 4.2 b) del RD 2720/1998]: **a)** La amortización de la plaza desempeñada por modificación de la RPT no está legalmente prevista como causa extintiva de estos contratos, porque no está sujetos a condición resolutoria, sino a término; y **b)** Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en los arts. 51 y 52 ET [cauce ya previsto por la DA vigésima ET " .

C.- El hecho de que la trabajadora el día 17 de marzo de 2016 fuera trasladada desde el centro de trabajo de El Cristo al centro Santa Teresa de Oviedo, -HP sexto-, no convierte su cese en un despido improcedente. La trabajadora, por su condición de interina, no está exenta de las movilidades geográficas que pueda acordar la empresa, en ejercicio de sus facultades legales y convencionales. De hecho, fueron trasladadas cinco trabajadoras, todas ellas contratadas interinas, y no consta impugnación alguna de esta medida empresarial. Tampoco se alega siquiera que este cambio de centro de trabajo constituyera una maniobra fraudulenta.

La plaza que ha sido cubierta por el procedimiento público de selección es una plaza de "operario de servicios", que es la plaza que estaba la actora ocupando en situación de interinidad.



El hecho de que la plaza se cubra cuando la trabajadora está prestando servicios en otro centro de trabajo, -en el centro Santa Teresa-, y que sea en ese momento y en ese centro concreto cuando se cubre legalmente su plaza no constituye infracción normativa alguna. La trabajadora no se encuentra blindada por el hecho de que ya no está prestando servicios en el centro el Cristo. La empresa está legitimada para cubrir reglamentariamente su plaza de operario de servicios, aunque físicamente la actora preste sus servicios en otro centro de trabajo distinto del inicial.

Por otro lado, la trabajadora demandante era la trabajadora que ostentaba mayor antigüedad en la empresa, -HP noveno-, por lo que se cumplieron los criterios fijados para el cese por orden de antigüedad, -HP octavo-. Resulta lógico que el primero en cesar sea el trabajador con contrato de interinidad más antiguo, pues la Administración está obligada a cubrir las vacantes dentro del plazo legal, -máximo de tres años, ex artículo 70 EBEP -.

D.- La empleadora no ha amortizado la plaza de la trabajadora, sino que la ha cubierto de manera definitiva a través del procedimiento previsto, por lo que no existe infracción de los artículos 51 y 52 ET ni de la D.A vigésima del ET .

Por último, el hecho de que desde el 25 de enero al 29 de febrero de 2016 CLECE S.A. realizara las labores de la actora en el centro El Cristo, -HP quinto de la sentencia-, es irrelevante, y no altera las conclusiones alcanzadas anteriormente. El traslado de la trabajadora, -17 de marzo de 2016-, es posterior a la finalización de esa externalización de poco más de un mes de duración, y además no fue impugnado por ella.

Insistimos en que el cese de la trabajadora no es una amortización de la plaza, ni responde a una causa económica, técnica, organizativa o productiva que deba articularse por la vía de los artículos 51 y 52 c) ET , sino que se trata de la cobertura reglamentaria de su plaza que es causa legal de extinción de su contrato de trabajo como indefinida no fija, como se ha considerado en la instancia.

Puesto que la relación laboral se encuentra válidamente extinguida por cobertura definitiva de la plaza, no es preciso examinar el segundo cese acordado por la empresa posteriormente por declaración de la trabajadora en situación de IP total, sino tan sólo las consecuencias indemnizatorias del primer cese.

E.- Ninguna alegación se hace en el escrito del recurso en relación al importe de la indemnización que le corresponde como consecuencia del cese reglamentario de la trabajadora. Ahora bien, postulando la parte recurrente la imprudencia de su cese, con la indemnización legal que corresponda, hemos de considerar que ello subsume la reclamación de una indemnización inferior, -20 días por año de servicio-.

La doctrina tradicional del TS al respecto se recoge en la sentencia de TS, Social sección 1 del 06 de octubre de 2015 (ROJ: STS 4420/2015 - ECLI:ES: TS:2015:4420) Recurso: 2592/2014 | Ponente: JESUS GULLON RODRIGUEZ:

"QUINTO.- Decíamos en el Fundamento de Derecho tercero que la solución indemnizatoria prevista en la letra c) del artículo 49 ET para determinados contratos temporales resulta de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos de las Administraciones Públicas. Como es sabido, ese precepto establece que el contrato de trabajo se extinguirá por "expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato ". Y se añade que "A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación". Norma que se completa con la Disposición Transitoria 13ª ET en cuanto a la aplicación temporal en función de la fecha de contratación y que cabe también aplicarla a los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración que son cesados por ocupación reglamentaria de la vacante. Además de la legislación interna, esa solución cabe extraerla de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se puede ver con claridad en el Auto de dicho Tribunal de 11 de diciembre de 2014, dictado en el asunto C-86/14, Ayuntamiento de Huétor Vega, en el que se da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de los Social número 1 de los de Granada sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y en relación con el cese sin indemnización alguna por cobertura reglamentaria de la plaza de una empleada del referido Ayuntamiento.

La doctrina del TJUE en el caso es la siguiente:

En primer lugar se afirma que los trabajadores indefinidos no fijos "se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de este Acuerdo marco, en la medida en que dicho trabajador ha estado vinculado a su empleador mediante contratos de trabajo de duración determinada..."



Después se dice en la parte dispositiva de dicho Auto que " El Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos".

Y por último, desde esa evidencia de que la legislación interna no contiene ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes de esa utilización de los contratos de trabajo, se afirma que corresponde al Tribunal nacional "... apreciar, con arreglo a la normativa, a los convenios colectivos y/o a las prácticas nacionales, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador como la demandante... para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada...".

Desde la perspectiva que proporciona esa doctrina aparecen plenamente ajustada a la misma la sentencia de 31 de marzo de 2015 (recurso 2156/2014), aclarada por auto de 14 de mayo de 2015, de conceder al demandante -indefinido no fijo que cesó por cobertura reglamentaria de la vacante- en aquél caso una indemnización de ocho días por cada año de servicio prevista en el artículo 49.1 c) ET .

Esta doctrina, ha de ser puesta en relación con la reciente sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto c-596/14 , -Ana de **Diego Porras**-. Atendiendo al criterio del TJUE, vinculante en nuestro ordenamiento, hemos de atribuir al trabajador recurrente la misma indemnización que le correspondería a un trabajador indefinido cuyo contrato se extingue válidamente por causas objetivas. Téngase en cuenta que la Directiva 1999/70, que recoge el acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, es de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos. Siendo así, estos trabajadores, amparados por la antedicha Directiva, no pueden tener un trato menos favorable que un trabajador indefinido que ve extinguido su contrato por causas objetivas legamente previstas.

Con este razonamiento se respeta la jurisprudencia y el derecho comunitarios. Además este Tribunal no incurre en incongruencia. Como afirma el TS en su sentencia de fecha 18 de abril de 2016, rec. 1921/2014 , se trata de un procedimiento de despido en el que lo que se discute es únicamente, como se ha dicho, su calificación, siendo la indemnización una mera consecuencia o añadido al pronunciamiento que se insta del órgano judicial. Siguiendo esta doctrina, la indemnización que corresponde por la calificación del cese reglamentario de la trabajadora puede ser fijada por este Tribunal, a partir de la petición indemnizatoria superior que se plantea en la demanda.

F.- El cálculo indemnizatorio ha de realizarse partiendo del salario incontrovertido de 57'33 euros diarios, -HP primero-. En cuanto a la antigüedad ha de tomarse la postulada en la demanda de 11 de octubre de 2006, asumiendo el Tribunal los alegatos que contiene el recurso acerca de la unidad esencial del vínculo contractual, habida cuenta el gran número de contratos sucesivos que se describen en el HP tercero.

Como afirma el Tribunal Supremo Sala 4ª, S 17 de marzo de 2011, rec. 2732/2010 . Pte: López García de la Serrana, José Manuel:

La cuestión planteada, consiste en determinar la antigüedad del trabajador a todos los efectos, cual se dijo antes, cuando han existido sucesivos contratos temporales con breves interrupciones, incluso cuando al término de cada contrato se ha firmado un recibo de finiquito, ha sido ya resuelta por esta Sala en favor de la solución que da la sentencia recurrida EDJ2010/116070 . En nuestras sentencias de 8 de marzo y 17 de diciembre de 2007 (Rcud. 175/04 EDJ2007/58652 y 199/04 EDJ2007/274879) y 18 de febrero de 2009 (Rcud. 3256/07) EDJ2009/22976, entre otras, se ha consolidado la doctrina de que en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo, lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente.

Por otro lado, se ha dicho que hay que estar a todas las circunstancias del caso y no sólo a las declaraciones de las partes, porque la voluntad del trabajador puede estar viciada por la oferta empresarial de celebrar un nuevo contrato en próximas fechas. En atención a ello, es doctrina de esta Sala que no se rompe la continuidad en la relación laboral, la unidad del vínculo, a efectos del cómputo de la antigüedad, por la simple firma de recibos de finiquito entre los sucesivos contratos suscritos con cortas interrupciones. En este sentido nuestras sentencias de 29 de septiembre de 1999 (Rcud. 4936/98) EDJ1999/30599 , 15 febrero 2000 (Rcud. 2554/99) EDJ2000/1635 , 18 septiembre 2001 (Rcud. 4007/2000) EDJ2001/35536 y 18 febrero 2009) Rcud 3256/07) EDJ2009/22976 entre otras.



Como asevera la STS, Social sección 1 del 23 de febrero de 2016 (ROJ: STS 1575/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1575):

El criterio general del que partimos es que la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización, esto es, el tiempo de servicios a que alude el art. 56.1 ET , se remonta a la fecha de la primera contratación, tanto si han mediado irregularidades en los sucesivos contratos temporales como si lo ocurrido es la mera sucesión regular de varios contratos de trabajo sin una solución de continuidad significativa, pues la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (véase la STS/4ª de 25 julio 2014, rcud. 1405/2013).

En nuestro caso, las interrupciones entre las contrataciones son mínimas desde el año 1999, y además se ha constatado la irregularidad de la última contratación interina con cerca de nueve años de duración. Siendo así, procedería fijar la antigüedad en la fecha de la primera de las contrataciones, pero por congruencia con lo que sostiene la parte actora en su escrito de demanda se toma la de 11 de octubre de 2006.

Por tanto, le corresponde a la trabajadora una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, -con los topes legales-, por lo que debemos fijar la indemnización en 10.892'70 euros.

Debemos por todo lo expuesto estimar en parte el recurso y revocar la sentencia recurrida, estimando en parte la demanda y reconociendo a la trabajadora la indemnización antedicha como consecuencia de la correcta y consumada cobertura definitiva de su plaza; sin costas, - artículo 235 LRJS -.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la demandante doña Crescencia , y revocamos la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo , estimando en parte la demanda y CONDENANDO a ESTABLECIMIENTOS RESIDENCIALES PARA ANCIOS DE ASTURIAS a abonar a la actora la cantidad de 10.892'70 euros en concepto de indemnización por la cobertura definitiva de su plaza; sin costas.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina** , que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del art. 221 de la LRJS y con los apercebimientos en él contenidos.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.