



Roj: **STSJ AND 8836/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:8836**

Id Cendoj: **18087340012018101615**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2018**

Nº de Recurso: **248/2018**

Nº de Resolución: **1662/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JORGE LUIS FERRER GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**CON SEDE EN GRANADA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**OL**

**SENT. NÚM. 1662/2018**

**ILTMO. SR. D. JOSE MANUEL GONZÁLEZ VIÑAS**

**PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ**

**ILTMO. SR. D. RAFAEL FERNÁNDEZ LÓPEZ**

**MAGISTRADOS**

En la ciudad de Granada a cinco de julio de dos mil dieciocho

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA**

En los Recursos de Suplicación núm. **248/2018**, interpuestos por CONSEJERIA DE EDUCACION CULTURA Y DEPORTE y Beatriz contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. NUM. 4 DE JAEN, en fecha 14/11/17, en Autos núm. 461/17, ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JORGE LUIS FERRER GONZÁLEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** En el Juzgado de referencia tuvo entrada demanda interpuesta por Beatriz en reclamación sobre DESPIDO, contra CONSEJERIA DE EDUCACION CULTURA Y DEPORTE y FOGASA y admitida a trámite y celebrado juicio se dictó sentencia en fecha 14/11/17, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Se estima parcialmente la demanda interpuesta por Doña Beatriz contra Consejería de Educación de la Junta de Andalucía declarando la válida extinción de la relación laboral entre las partes producida el 30.06.2017 con derecho de la actora a percibir una indemnización de 2.683,78 euros, a cuyo pago a la actora se condena a la demandada."

Con absolución del FOGASA en la presente instancia y sin perjuicio de sus responsabilidades legales.



**Segundo.-** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

"PRIMERO.- Doña Beatriz, D.N.I. NUM000, vecina de Jaén, ha prestado servicios para la Delegación Provincial en Jaén de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, desde 11.05.2015, con la categoría profesional de técnico de integración social percibiendo un salario diario de 63,08 euros, incluida prorrateo de pagas extraordinarias, con Centro de Destino Nuestra Señora de los Dolores, de Pozo Alcón (Jaén), en virtud de contrato de trabajo de interinidad, para sustitución del trabajador don Luis Francisco, por causa de liberación sindical, según se especifica en la cláusula primera y segunda, y cuya duración, según cláusula sexta, es "La del tiempo que subsista el derecho de reserva y/o ausencia del trabajador/a sustituido/a mencionado/a en la cláusula segunda".

La antigüedad de la actora, a efectos de despido, es 13.01.2010.

Rige entre las partes el VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO.- La parte actora no alega la existencia de defecto o vicio alguno en el momento de la suscripción del contrato especificado en el hecho probado anterior, ni niega la realidad de la causa alegada como justificativa de mismo. La actora reconoce que ha venido realizando las funciones del trabajador sustituido, puesto código NUM001.

En el hecho tercero de la demanda alega "(...) continua existiendo exactamente la misma causa de sustitución y debiendo continuar yo ocupando el puesto que corresponda a la persona sustituida(...)".

TERCERO.- El día 30 de junio de 2017 la actora fue cesada en el puesto de trabajo con código 697310 por finalización de contrato, al obtener un nuevo destino en el concurso de traslados de personal laboral, el titular del puesto de trabajo.

CUARTO.- Don Luis Francisco cesó en la plaza con código NUM001 con efectos de 30.06.17, tras haber participado en el concurso de acceso a la condición de laboral fijo y haber obtenido una plaza distinta en otro centro de trabajo.

El puesto que ocupaba don Luis Francisco ha sido adjudicado a otro titular.

QUINTO.- Desde el día 7.09.2017 la actora ocupa, en virtud de contrato temporal de interinidad por vacante la plaza con código NUM002, categoría monitor de educación especial, centro E.O.E. Orcera.

SEXTO.- La actora no es representante de los trabajadores.

SÉPTIMO.- Tras la entrada en vigor de Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre de 2015) no resulta preceptiva la interposición de reclamación previa

OCTAVO.- La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de Jaén el 13.07.17. "

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se anunciaron recursos de suplicación contra la misma por CONSEJERIA DE EDUCACION CULTURA Y DEPORTE y Beatriz, recursos que posteriormente se formalizaron, siendo en su momento ambos impugnados por el contrario. Recibidos los Autos en este Tribunal, se acordó el pase de los mismos al Ponente, para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** 1. La demandante, como consecuencia de haber suscrito contrato de trabajo de interinidad por sustitución del trabajador D. Luis Francisco, por liberación sindical, ha venido prestando sus servicios desde el 11-05-2015 por cuenta de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Andalucía, con la categoría de Personal Técnico de Integración Social (Grupo III), jornada completa y antigüedad desde 11-05-2015, salario día de 6308€ a efectos de despido, en el centro de trabajo Nuestra Señora de los Dolores, de la localidad de Pozo Alcón (Jaén), fijándose como antigüedad a efectos de despido la de 13-01-2010. Siendo cesada el día 30-06-2017, al obtener el sustituido un nuevo destino en el concurso de traslado del personal laboral. Concluyendo aquella demanda, con la súplica de: " *que se dicte Sentencia en su día por la cual se estime la Demanda y se declare la improcedencia del despido del que he sido objeto con efectos de 30 de junio de 2017 con las consecuencias legales inherentes de opción entre readmisión o indemnización y subsidiariamente condenar al demandado a abonar la indemnización equivalente a un despido objetivo de 20 días de salario por año de servicio.*"

2. La sentencia dictada en la instancia, partiendo de que no existe fraude en la contratación, admite la válida extinción del contrato temporal suscrito, por lo que rechaza que existiese despido alguno, si bien, estima la



petición subsidiaria en aplicación de la doctrina sentada en la sentencia del TJUE de 14-09-2016 (asunto Diego **Porras**), estimando que tiene derecho a ser indemnizada para no ser discriminada respecto de los trabajadores fijo comparables, en la indemnización de 20 días por año de servicio, por concurrencia de una causa objetiva determinante del fin de la relación laboral, ascendiendo la indemnización a 2.683,78€, a cuyo pago condena a la Consejería demandada.

3. Se formula un doble recurso de suplicación, tanto por la parte demandante, como por la Consejería demandada.

4. Por la demandante, su recurso se basa en la pretensión de que se declare el indicado cese como despido improcedente, para lo que se formula un sólo motivo de censura jurídica al amparo del apartado c) del artículo 193 LJS, concluyendo con la súplica de que:

*" estimando el recurso de suplicación, y declarando que la extinción del contrato de la recurrente de fecha 30/6/2017 es un despido improcedente, otorgando a la administración un plazo de cinco días para optar entre la readmisión de la actora a su puesto de trabajo o una indemnización conforme al mismo, condenando a la demandada a acatar y cumplir dicha resolución, y todo ello por ser ajustado derecho. Que en el caso de que se desestime esta petición principal de despido improcedente, se confirme la sentencia recurrida en cuanto a la petición subsidiaria de indemnización de 20 días por año de servicio."*

5. Por la Junta de Andalucía, el recurso de suplicación lo sustenta en dos motivos destinados respectivamente a la revisión de los hechos probados y a la censura jurídica, al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 LJS, concluyendo con la súplica de que *" se sirva estimar el presente recurso, dictando sentencia revocando la recurrida y desestimando las pretensiones de la parte demandante."*

6. Dichos recursos, fueron recíprocamente impugnados por cada parte.

**SEGUNDO.-1.** En el recurso formulado por la demandante, se esgrime un sólo motivo de censura jurídica, invocándose la infracción de los artículos 52 y 53 ET, art. 70 EBEP, art. 4.2 RD 2720/1998 y la jurisprudencia del TS de fecha 14-10-2014 (Rec. 711/2013); 21-12-2005 (Rec. 5470/2004) y 29-10-2014 (Rec. 1765/2016), alegándose en síntesis que la relación laboral de la actora era indefinida, dado que la recurrente llevaba trabajando desde el 28-10-2009 siendo cesada el 30-06-2017, por lo que se debían haber seguido los trámites del despido objetivo, para poder cesar a la demandante, según la STS de 29-10-2014. No creándose nuevo puesto de trabajo, sino que el personal ocupaba la plaza ya creada, por lo que no existe afectación presupuestaria.

2. La presente censura jurídica no puede ser estimada, para lo que basta transcribir el artículo 70 del **Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público** (BOE núm. 261 de 31 de Octubre de 2015), que dice:

**"Artículo 70 Oferta de empleo público**

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

*2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.*

*3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos."*

3. No cabe introducir cuestiones nuevas en este extraordinario Recurso de Suplicación, como así lo expresa el artículo 233 LJS, ya que como dijo la propia asistencia letrada de la demandante, hoy recurrente, en fase de conclusiones del acto del juicio oral, expresamente afirmó que no se había invocado el artículo 70 del EBEP, como además se desprende de la demanda, por lo que dicho motivo debe ser desestimado de plano.

4. Y todo ello in perjuicio de que se ignora por la Sala, de donde toma la recurrente la fecha del 28-10-2009, cuando la antigüedad que se expresa en demanda, y a la que expresamente dio su conformidad la Consejería demandada es la de 11-05-2015, de lo que se desprende a efectos de la infracción imputada, que la actora, no cumple los requisitos exigidos en dicho precepto, dado que la prestación de servicios lo es desde 11-05-2015 hasta el 30-06-2017, en que fue cesada, por lo que no han transcurrido los tres años exigidos en el mencionado artículo 70 EBEP.



5. En definitiva, como exponía la Magistrada de instancia, la actora, que venía contratada por un contrato de interinidad por sustitución de un trabajador, con motivo de ser liberado sindical, el que tenía derecho a la reserva de puesto de trabajo, una vez que cesa en dicho puesto de trabajo, por obtener otra plaza en un concurso de traslado adquiriendo la condición de laboral fijo (hechos probados primero y tercero), se ha producido la válida extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo ( artículo 8.1.c.3ª RD 2720/1998, de 18 de diciembre).

Por las razones expuestas procede desestimar el recurso formulado por la demandante.

**TERCERO.**- 1. En el recurso formulado por la Junta de Andalucía, se esgrime un primer motivo destinado a la revisión del hecho probado primero, proponiendo como redacción alternativa:

*"La antigüedad de la actora, a efectos de despido, es de 4-5-2015".*

Basa su pretensión en la hoja de acreditación de datos, para mostrar que la actora no prestaba servicios para la demandada en la fecha del 13-01-2010, como dice el indicado hecho probado primero.

Y se alega que se suscribió el contrato el 27-04-2015, con fecha de efectos del 4-05-2015.

2. Como anteriormente ya se apuntaba, en el acto del Juicio Oral, la Consejería, tras ser requerida por la Magistrada de instancia, antes del recibimiento del litigio a prueba, mostró conformidad sobre la antigüedad, categoría y salario expresados en demanda, es decir, los indicados tres parámetros, eran hechos conformes, y por lo tanto, no sólo por la prueba documental invocada por la hoy Consejería recurrente (hoja de acreditación de datos, folio 27), sino por la propia antigüedad fijada en demanda, debe ser estimada la del 4-05-2011, la que resultaría más beneficiosa que la fijada en demanda de 11-05-2015. Por lo que debe ser estimada la indicada revisión fáctica, a la que nada opuso la demandante, en su escrito de impugnación.

3. En todo caso, la fecha de 13-01-2010, como antigüedad a efectos de despido, no existe documento alguno que la respalde.

**CUARTO.**- 1. En el segundo motivo destinado a la censura jurídica se invoca la infracción de la STS de 7-06-2017 (RJ 2017\3166), alegándose en síntesis, al rechazar que aún siendo cesada la actora el día 30-06-2017, posteriormente como se indica en el hecho probado quinto, la actora, desde el 7-09-2017 ocupa la plaza vacante con código NUM002 , contrato de interinidad por vacante, con la categoría de monitor de educación especial, por lo que se alega que no ha existido extinción de la relación laboral, sino que aquella ha proseguido, en base a que no es una interrupción significativa que lleve a excluir la unidad esencial del vínculo.

2. La invocada STS de 7-06-2017 (rcud 1400/2016), viene referida a un proceso por despido, donde la fijación de la fecha inicial del cómputo de la antigüedad, en aplicación de la teoría de la unidad esencial de vínculo, aunque hubiese habido dos interrupciones primero de casi cuatro meses y después de uno solo, habida cuenta de que se trata de unos catorce años de servicios prestados en virtud de contratación fraudulenta y de que el trabajador había adquirido la cualidad de indefinido en aplicación del art. 15.5 del ET, es por lo que tiene en cuenta los servicios prestados desde el primer contrato de trabajo. En definitiva, dicha sentencia no es aplicable a la controversia objeto del presente recurso.

3. Y en cuanto a la cita de la STS de 8-11-2016 (RJ 2016,5895) que se dice en este motivo del recurso, tampoco puede ser estimada, ya que dicha sentencia es citada por la invocada como infringida STS 7-06-2017, pero a efectos de determinar los requisitos para que haya contradicción. Literalmente se dice: " **6. A juicio de la Sala, concurre la existencia de la contradicción -con identidad sustancial de hechos fundamentos y pretensiones- que conforme al art. 219.1 LRJS (RCL 2011, 1845) ha de exigirse que medie entre las resoluciones judiciales a contrastar, como ya hemos resuelto en la sentencia ya señalada de 8 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5895) (rcuD. 310/2015 ), y en la dictada en el rcuD. 113/2015."**

4. No hay una sola relación laboral, sino dos, en virtud de dos contratos de trabajo con centros de trabajo y asignación de número de puesto de trabajo y categorías profesionales distintas, que provocan a su vez, su correspondiente alta y baja en Seguridad Social, sin perjuicio de que no cabe confundir la totalidad del cómputo de los servicios prestados, a efectos de determinar la indemnización por despido improcedente, partiendo de la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo, la que últimamente ha sido compendiada en la STS de 21-09-2017 (Rec. 2764/2015), con la existencia de unidad del vínculo contractual.

5. El presente motivo debe ser estimado, aún cuando no lo sea por los argumentos que se esgrimen, bastando para ello partir de que la contratación de la demandante no ha sido calificada de fraudulenta y que ha concurrido válida extinción del contrato, por lo que no ha existido fraude, ni por ende, declaración de relación laboral indefinida, lo que en aplicación de la reciente *STJUE de 5 de Junio de 2018 C-677/16 , (asunto Lucia **Montero Mateos**)*, no procede indemnización alguna por la válida extinción del contrato de trabajo de interinidad por sustitución ( artículo 4 bis.1 LOPJ).



Por las razones expuestas procede estimar el recurso formulado por la Consejería de Educación de Cultura y Deportes de la Junta de Andalucía, revocando la sentencia de instancia.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> . Beatriz , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4, de Jaén, en fecha 14-11-2017, en los Autos nº 461/2017, seguidos a su instancia en reclamación sobre declaración de Despido Improcedente o subsidiariamente indemnización de veinte días por año de servicio, contra la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCIA y FOGASA, y estimando el recurso formulado por la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, contra dicha sentencia, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, desestimando íntegramente las pretensiones de la parte demandante.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, con advertencia de que contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que previene el art. 218 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y que habrá de prepararse ante esta Sala dentro de los **DIEZ DÍAS** siguientes al de su notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del art. 221, debiéndose efectuar, según proceda, las consignaciones previstas en los arts. 229 y 230 de la misma, siendo la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala la abierta en la entidad bancaria Santander Oficia C/ Reyes Católicos, 36 de esta Capital con núm. 1758.0000.80.0248.2018. Si el ingreso se efectuare por transferencia bancaria, habrá de hacerse en la cuenta del Banco de Santander ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiendo indicar el beneficiario y en "concepto" se consignarán los 16 dígitos del número de cuenta 1758.0000.80.0248.2018. Y pudiendo sustituir tal ingreso por aval bancario solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, sin cuyos requisitos se tendrá por no preparado el recurso.

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

**PUBLICACION.**- Leída y publicada en audiencia pública fue la anterior sentencia el mismo día de su fecha. Doy fe.