



Roj: **STSJ M 1815/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:1815**

Id Cendoj: **28079340012014100167**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2014**

Nº de Recurso: **1889/2013**

Nº de Resolución: **169/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 1, 24-06-2013,**
STSJ M 1815/2014,
STS 553/2016

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2012/0003158

Procedimiento Recurso de Suplicación 1889/2013

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid Despidos / Ceses en general 865/2012

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 1889/13

Sentencia número: 169/14

G.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil catorce, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 suplicación número 1889/13 formalizado por el Sr. Letrado D. CARLOS SLEPOY PRADA en nombre y representación de D. Isidro contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de MADRID, en sus autos número 865/12, seguidos a instancia del recurrente frente a la COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO.- El actor ha prestado servicios profesionales para la parte demandada en las campañas de Incendios forestales de la época estival de los años 2006 (de 9 de junio a 14 de octubre), 2007 (de 31 de mayo a 11 de octubre), 2008 (de 29 de mayo a 11 de octubre), 2009 (de 28 de mayo a 11 de octubre), 2010 (de 14 de junio a 20 de septiembre) y 2011 (de 13 de junio a 18 de julio), con la categoría profesional de auxiliar de control e información y con derecho a un salario bruto mensual, con prorrateo de pagas extraordinarias, de 1.355,14 euros, previsto para la campaña de 2012.

SEGUNDO.- En sentencia de 08.06.11, dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de esta sede en autos 1434/10, se reconoció al actor y a ocho trabajadores más que la relación que les vinculaba con la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior era fija discontinua desde su inicio.

TERCERO.- Mediante resolución de 09.03.10, del director general de protección ciudadana, fueron aprobadas las bases de la convocatoria para la formación de la bolsa de trabajo temporal destinada a la realización de trabajos de apoyo en la detección y extinción de incendios en la Comunidad de Madrid. Esa bolsa de trabajo temporal fue prorrogada por resolución dictada el 05.04.11 por el mismo órgano, que en resolución de 08.05.12 fijó los puestos de trabajo necesarios para la campaña de 2012, estableciendo un número de 80 puestos para la categoría de auxiliar de control e información.

CUARTO.- Es aplicable el convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, cuya comisión paritaria, en ausencia de criterio convencional (art. 19) relativo al orden de los llamamientos a quienes deben participar en las campañas de incendios forestales, adoptó el 25.05.12 un orden de prelación consistente en llamar primero a los trabajadores de campañas anteriores que hubiesen obtenido en resolución judicial firme el reconocimiento de la condición de trabajadores con relación indefinida (no fija) de fijos discontinuos; en segundo lugar, llamar a los trabajadores de campañas anteriores que hubiesen obtenido en resolución judicial firme el reconocimiento de la condición de trabajadores con relación indefinida (no fija) de fijos discontinuos y que hubieran interpuesto demanda por despido, en los términos que en cada caso correspondiera; y en tercer lugar, en caso de que aún quedasen vacantes, prorrogar la vigencia de la bolsa de trabajo temporal para cubrir esas vacantes con personal procedente de la misma.

QUINTO.- La prórroga de la bolsa de trabajo temporal se acordó mediante resolución de 12.07.12, del director general de protección ciudadana. Previamente, el 25.05.12, mismo día del acuerdo de la comisión paritaria del convenio, se realizó el llamamiento de los trabajadores de campañas anteriores que habían obtenido en resolución judicial firme el reconocimiento de la condición de trabajadores con relación indefinida (no fija) de fijos discontinuos, señalando como día de comienzo de la prestación de servicios el 13.06.12 y como fecha de finalización la del 07.10.12.

SEXTO.- Firme la sentencia citada en el ordinal segundo de este relato en noviembre de 2011, mediante Orden de 25.06.12 de la Consejería de Economía y Hacienda fue asignado al actor puesto de trabajador laboral indefinido discontinuo no fijo en plantilla; quedando adscrito el día 02.07.12 al puesto número NUM000 de auxiliar de control e información, área C, grupo 1, nivel 2, porcentaje de jornada anual del 33,15 por 100, retribuciones previstas en el convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, y prestación de servicios conforme al art. 15.8 ET.



SÉPTIMO.- Dicha adscripción a puesto de trabajo se materializó mediante llamamiento al actor el mismo días 02.07.12, para iniciar la prestación el 09.07.12 en el turno B de la Dehesa de Navalcarnero, con fecha de finalización prevista para el 11.10.12, y con retribución mensual bruta de 1.355,14 euros.

OCTAVO.- El actor y otros trabajadores llamados a primeros de julio de 2012 quedaron citados para reconocimiento médico el 03.07.12, para entrega de ropa el 04.07.12 y para recibir el curso previo a la prestación efectiva de servicios el mismo día 09.07.12.

NOVENO.- El actor no compareció a ninguna de esas actividades ni inició la prestación efectiva de servicios, razón que movió a la parte demandada a incoar en fecha 20.08.12 expediente de reintegro, para requerir al actor la devolución de la cantidad de 811,78 euros que erróneamente le había sido abonada en concepto de nómina de julio de 2012 por el período transcurrido desde el día 9 hasta el 31 de ese mes. Finalizó el expediente mediante resolución de 16.10.12, en que se declara al actor deudor de dicho importe y se le requiere de pago

DÉCIMO.- El actor no ha ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

UNDÉCIMO.- El actor presentó infructuosamente reclamación previa a la vía jurisdiccional el día 14.06.12."

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por Isidro , absuelvo de sus pretensiones a la Comunidad de Madrid (Consejería de Presidencia y Justicia)".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 12 de noviembre de 2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 5 de febrero de 2014 señalándose el día 19 de febrero de 2014 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Interpone recurso de suplicación el trabajador contra sentencia que desestimó la demanda rectora de autos, tendente a la declaración de despido improcedente, enderezando el exclusivo motiva que despliega, con correcto amparo en el apartado c) del art. 193 LJS, a denunciar infracción del artículo 15.8 , 55.1 y 56.1 del ET , en la consideración de que tiene la condición de trabajador indefinido discontinuo por sentencia firme de noviembre de 2011, habiendo la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la CAM adoptado en 25 de mayo de 2012 un acuerdo que determinaba un orden de prelación para los llamamientos de la campaña de incendios del año 2012 , conforme al cual serían llamados, en primer lugar, los trabajadores que hubieran prestado servicios en anteriores campañas y hubiesen obtenido una resolución judicial firme como indefinidos de carácter discontinuo, realizándose el llamamiento de estos trabajadores el mismo 25 de mayo de 2012, señalándose como comienzo de prestación de servicios el 13 de junio de 2012, interponiendo el 14 de junio siguiente reclamación previa por despido, no siendo llamado a prestar servicios hasta el 9 de julio de 2012, siendo erróneo, como aprecia el iudex a quo, que se produjera una dimisión por no haberse presentado en 9 de julio, sino más bien un despido tácito.

SEGUNDO. - El motivo prospera, pues estamos ante una voluntad concluyente de la demandada de extinguir el contrato de trabajo del actor, teniendo el mismo la condición de indefinido discontinuo desde noviembre de 2011, extremo que conocía perfectamente la demandada, no siendo llamado para iniciar prestación de servicios hasta el 9 de julio de 2012, una vez presentó la reclamación previa de despido el 14 de junio de 2012, esto es, el llamamiento se produce con posterioridad a la producción del despido mismo, ya que el resto de sus compañeros, que estaban en su misma situación, por ser indefinidos discontinuos, fueron llamados para dar comienzo a la prestación de servicios en 13 de junio de 2012. De alguna manera, el llamamiento tardío del actor para prestar servicios a partir del 9 de julio de 2012, en vez del 13 de junio de 2012, es una retractación del despido ya producido, no una simple demora administrativa en su incorporación, y la reciente jurisprudencia del TS ha robustecido aún más si cabe la naturaleza constitutiva del despido impidiendo el empresario pueda dar marcha atrás en su decisión de extinguir el contrato cuando es posterior a su fecha de efectos, incluso si todavía no se ha constituido la relación procesal con la presentación de la demanda y previa papeleta de



conciliación, dejando siempre a salvo, y como excepción, que el propio trabajador acepte voluntariamente la reincorporación (STS de 07 de diciembre del 2009, rec. núm. 210/2009).

En su consecuencia, el despido, producido el 13 de junio de 2012 por no ser llamado como el resto de sus compañeros en esa fecha, debe declararse improcedente, al no estar ante una dimisión tácita del actor, como afirma el iudex a quo, teniendo en cuenta como prestación de servicios para el cálculo de la indemnización los periodos de tiempo trabajados a que hace mención el hecho probado primero (656 días), y como módulo de la indemnización el de 45 días por año de servicios, al haberse prestado todos los servicios con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Don Isidro contra la sentencia dictada en 24 de junio de 2013 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de MADRID en los autos núm. 865/2012, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y JUSTICIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID en materia de extinción de contrato (despido) y, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos la resolución judicial recurrida y, con estimación de la demanda rectora de autos:

Primero .- Debemos declarar, como declaramos, improcedente el despido del actor acordado con efectos de 13 de junio de 2012, en que no fue llamado como así aconteció con el resto de trabajadores indefinidos no fijos, condenando, en su consecuencia, a CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y JUSTICIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID a estar y pasar por esta declaración, y a que, por tanto y a su opción, readmita inmediatamente al demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de la citada extinción contractual, o bien le indemnice en la suma de 3.675, 37 euros (TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON TREINTA Y SIETE CENTIMOS), advirtiendo a la empresa que dicha opción deberá efectuarse ante esta Sala de lo Social en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de la sentencia, entendiéndose de no hacerlo así que procede la readmisión del despedido.

Segundo .- En caso de que la empresa se decante por la readmisión del trabajador, se le condena, igualmente, a abonar a éste los salarios de tramitación, en cuantía equivalente a la suma de los dejados de percibir desde el 13 de junio de 2012 al 7 de octubre de 2012, calculados a razón de un salario diario por importe de 44,55 euros, y sin perjuicio, todo ello, de lo establecido en el artículo 57.1 de Estatuto de los Trabajadores .

Tercero .- Procederá descontar de la indemnización o, en su caso salarios de tramitación, lo cantidad de 811, 78 euros a que se refiere el hecho probado noveno de la sentencia recurrida, para el caso de que haya sido efectivamente lucrada.

Cuarto .- Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid,

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que



ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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