



Roj: **STSJ AS 3121/2016 - ECLI:ES:TSJAS:2016:3121**

Id Cendoj: **33044340012016102331**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2016**

Nº de Recurso: **2142/2016**

Nº de Resolución: **2316/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE FELIX LAJO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL**

**OVIEDO**

**SENTENCIA: 02316/2016**

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN Nº 10

**Tfno:** 985 22 81 82

**Fax:** 985 20 06 59

**NIG:** 33044 44 4 2016 0001056

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0002142 /2016**

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000166 /2016

Sobre: RESOLUCION CONTRATO

**RECURRENTE/S D/ña** Gerardo

**ABOGADO/A:** CESAR FERNANDEZ RODRIGUEZ

**RECURRIDO/S D/ña:** CONSEJERIA DE HACIENDA Y SECTOR PUBLICO DEL P. ASTURIAS, SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO DEL P. ASTURIAS

**ABOGADO/A:** LETRADO COMUNIDAD, LETRADO COMUNIDAD

Sentencia nº 2316/16

En OVIEDO, a ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL T.S.J. ASTURIAS, formados por los Ilmos. Sres. D. JORGE GONZÁLEZ RODRIGUEZ, Presidente, D<sup>a</sup>. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. LUIS CAYETANO FERNÁNDEZ ARDAVIN y D. JOSE FELIX 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 SUPPLICACION **2142/2016**, formalizado por el Letrado D. CESAR FERNANDEZ RODRIGUEZ, en nombre y representación de Gerardo , contra la sentencia número 297/2016 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 166/2016, seguidos a instancia de Gerardo frente a CONSEJERIA DE HACIENDA Y SECTOR PUBLICO DEL P. ASTURIAS, SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO DEL P. ASTURIAS, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE FELIX LAJO GONZÁLEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** D. Gerardo presentó demanda contra la CONSEJERIA DE HACIENDA Y SECTOR PUBLICO DEL P. ASTURIAS y el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO DEL P. ASTURIAS, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 297/2016, de fecha diez de junio de dos mil dieciséis .

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

**1º-** El actor inició la relación laboral con la Administración demandada el 13 de octubre de 1986 en virtud de un contrato temporal por obra o servicio determinado con la categoría profesional de Licenciado en Geografía e Historia, siendo su centro de trabajo la Escuela Taller de Valdediós. El juzgado de lo social nº 3 de esta localidad conoció del procedimiento por despido nº 136/2008 instado por el actor cuando fue extinguida la relación laboral con efectos al 29 de diciembre de 2007; dictó sentencia el 21 de mayo de 2008, confirmada por la dictada por la sala de lo social el 21 de noviembre de 2008, en la que tras declarar probados los distintos contratos suscritos entre las partes, le reconoció una antigüedad de 20 años y 25 días (243 meses. Se da por reproducidas ambas resoluciones.

La categoría profesional era la de Titulado Superior.

En ejecución de la sentencia, fue adscrito a un puesto vacante( código 7496) de Técnico de Grado Superior dependiente del Servicio de Programas Europeos y Empleo- Formación-Sección de Escuelas Taller y Casas de Oficio., en el Servicio Público de Empleo, que había sido funcionarizado por Acuerdo de Gobierno de 16 de febrero de 2011.

El actor rechazó aceptar el nombramiento como funcionario interino y continuó con personal laboral indefinido no fijo.

**2º-** Prestó servicios para la demandada en las siguientes fechas posteriores:

- Del 30 de diciembre de 2007 al 18 de mayo de 2008(salarios de tramitación)

- Del 19 de mayo de 2008 al 6 de mayo de 2009.

- Del 7 de mayo al 30 de junio de 2009.

- Del 1 de julio de 2009 al 4 de febrero de 2016 en el Servicio Público de Empleo.

**3º-** El salario bruto diario es de 101,66€. No ostenta la representación de los trabajadores.

**4º-** Por resolución de la Viceconsejería de Presupuestos y Administración Pública de 5 de febrero de 2004, se convocaron pruebas selectivas para la provisión de Técnicos Superiores, escala psicólogos, subgrupo A1, en turno libre, en régimen de funcionario de carrera, por el procedimiento de concurso-oposición.

Por otra resolución de 28 de enero de 2016 de la Consejería de Hacienda y Sector Público se nombró funcionarios de carrera del cuerpo de Técnicos Superiores, escala psicólogos de la Administración del Principado de Asturias a dos personas, destinada una de ellas al Servicio Público de Empleo de Oviedo, servicio de Programas Europeos y Empleo-Formación-Sección de Escuelas Taller y Casas de Oficio.

**5º-** Por resolución de la Consejería de Empleo del Principado de 2 de febrero de 2016, se acordó la extinción del contrato de trabajo del actor al haberse producido la provisión reglamentaria del puesto de trabajo funcional al que estaba vinculada la relación laboral indefinida no fija.

En la nómina correspondiente a febrero de 2016 se le abonó una indemnización por esta causa, de 15.419,17€ y posteriormente, en resolución de 24 del mes de febrero de 2016, se acordó el abono de una indemnización por fin de contrato de 22.027,39€, que se haría efectiva en la nómina de febrero de ese año.



6º- El actor presentó reclamación previa en tiempo y forma, que no fue resuelta; interpuso la demanda el 15 de marzo de 2016.

**TERCERO.-** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Gerardo contra CONSEJERÍA DE HACIENDA Y SECTOR PÚBLICO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS y SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS y condeno a la demandada a que abone a la actora 881,11€ en concepto de diferencias en la indemnización por cese."

**CUARTO.-** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Gerardo 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 5 de agosto de 2016.

**SEXTO.-** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 6 de octubre de 2016 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.-** Interpone recurso el trabajador demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, de fecha 10 de junio de 2.016 , que estima parcialmente su demanda de despido por no existir el mismo, sino la válida terminación de un contrato de trabajo con la administración demandada, que ha cubierto reglamentariamente la plaza mediante concurso-oposición; incrementando en 881'11 euros la indemnización que por cese corresponde al trabajador.

El SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS ha impugnado el recurso, realizando las alegaciones que constan en autos.

### SEGUNDO.- FONDO DEL ASUNTO.

En el único motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS , se denuncia por el trabajador recurrente infracción de los artículos 55.4 y 56 ET , por considerar que su cese debe considerarse un despido improcedente, puesto que su puesto de trabajo era provisional no definitivo, por lo que la cobertura de ese puesto por un funcionario no es causa suficiente para fundamentar la extinción de su contrato de trabajo, - lo sería si el destino del actor en ese puesto fuese definitivo-.

Partiendo del indiscutido relato de hechos probados, el motivo ha de ser desestimado por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

A.- El actor se encontraba vinculado al Servicio Público de Empleo con una relación laboral indefinida no fija, - así declarada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo de 21 de mayo de 2008 -; y su puesto de trabajo en el SERPE ha sido proveído reglamentariamente por la Administración demandada mediante concurso-oposición. Así se recoge en los indiscutidos hechos probados 1º, 4º y 5º de la sentencia. Siendo así, no cabe sino concluir que el cese acordado por la Administración en fecha dos de febrero de 2.016 resulta ajustado a derecho, tal y como se ha resuelto en la instancia.

B.- El único fundamento que el escrito del recurso arguye para entender que estamos ante un despido improcedente lo constituye la afirmación de que su puesto de trabajo era provisional y no definitivo.

El argumento no se sostiene. El puesto de trabajo del recurrente se ha cubierto mediante el proceso de concurso-oposición, 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.- Ninguna alegación se hace en el escrito del recurso en relación al importe de la indemnización que le ha sido concedida como consecuencia del cese reglamentario del trabajador. Ahora bien, postulando la parte recurrente la imprudencia de su cese, con una indemnización de 33 días, hemos de considerar que ello subsume la reclamación de una indemnización inferior, - 20 días por años 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 2.014,



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 2.015 (recurso 2156/2014 ), aclarada por auto de 14 de mayo de 2.015, 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.

Por tanto, le corresponde al trabajador una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, -con los topes legales-, por lo que debemos fijar la indemnización en 36.576 euros. En consecuencia le faltan por recibir 14.549 euros, en lugar de los 881'11 euros fijados en la sentencia de instancia.

Debemos por todo lo expuesto estimar el recurso y revocar en parte la sentencia recurrida.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación de don Gerardo , y revocamos en parte la sentencia de fecha 10 de junio de 2.016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo , fijando en 14.549 euros la indemnización que le resta por recibir al trabajador, manteniendo el resto de los pronunciamientos.

### 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 apercibimientos en él contenidos.

### Tasas judiciales para recurrir

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible



de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición. También están exentos de tasas los recursos de casación para unificación de doctrina (criterio del Tribunal Supremo).

Pásense las actuaciones al Sr/a. Letrado de la Admón. 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.