

La Administración ha actuado en fraude de Ley en la amortización de las plazas de socorristas de piscinas ocupadas por interinos, como consecuencia de la privatización del servicio.

La Sala afirma que la real existencia de la amortización es jurídicamente cuestionable si en este caso lo que se ha efectuado realmente por la Administración pública es un mero cambio en la forma de provisión o gestión de unas plazas, como las de socorrista, cuya existencia y desempeño es necesario para el Organismo correspondiente, el que mantiene la gestión de las piscinas públicas y al que le es exigible el mantenimiento de la prestación de la actividad de socorrismo previsto por la legislación vigente para la utilización pública de aquellas, si resulta que en vez de gestionar la propia Administración el servicio de socorrismo convoca un concurso público para que tal actividad sea prestada por una empresa privada, a la que adjudica el servicio coincidiendo con la notificación de la extinción contractual de los demandantes. Voto particular que formula la Magistrada Excm. Sra. Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia de 06 de junio de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1623/2011

Ponente Excmo. Sr. MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid actuando en nombre y representación de la CONSEJERIA DE CULTURA Y DEPORTE de dicha Comunidad contra la sentencia de fecha 21 de octubre de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 2053/2010, formulado contra la sentencia de fecha 20 de noviembre dictada por el Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid, en autos núm. 988/2009, seguidos a instancia de D. Jesús María, D. Bernardo, Florentino, D. Mateo, D. Jose Luis, D.ª Estela, D. Alonso, D. Elias D. Julián, D. Santos, D. Pedro Antonio, D. Clemente, D.ª Sabina, D. Humberto, D. Raimundo, D. Jesús Manuel, D. Candido frente a la COMUNIDAD DE MADRID (CONSEJERIA DE CULTURA Y DEPORTE), sobre DESPIDO.

Han comparecido en concepto de recurridos la Letrada D.ª María José Ahumada Villalba actuando en nombre y representación de D. Jesús María, D. Bernardo, Florentino, D. Mateo, D. Jose Luis, D.ª Estela, D. Alonso, D. Elias D. Julián, D. Santos, D. Pedro Antonio, D. Clemente, D.ª Sabina, D. Humberto, D. Raimundo, D. Jesús Manuel, D. Candido.

Es Ponente la Excm. Sra. D.ª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de noviembre de 2009 el Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1.º) PRIMERO. Los demandantes cuyas circunstancias personales constan en el escrito de demanda, han prestado servicios laborales por cuenta y órdenes del INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE (IMDER) como Socorristas de piscina de temporada de verano con fecha de inicio y salario bruto con prorrateo de pagas extras que se dirán: Jesús María: 11/7/2006 Salario día: 37,91 euros. Bernardo: 30/5/2005, Salario día: 44,14 euros. Florentino: 30/5/2005, Salario día: 38,15 euros. Mateo: 30/5/2005, Salario día: 38,15 euros. Jose Luis: 1/6/2000, Salario día: 46,26 euros. Estela: 5/6/2004, Salario día: 39,01 euros. Alonso: 30/6/2000, Salario día: 45,85 euros. Elias: 27/5/2006, Salario día: 36,88 euros. Julián: 1/6/2000, Salario día: 47,96 euros. Santos: 1/6/2003 Salario día: 42,37 euros. Pedro Antonio: 1/6/2000 Salario día: 48,13 euros. Clemente: 1/6/2007 Salario día: 43,27 euros. Sabina: 2/6/2008 Salario día: 43,27 euros. Humberto: 3/7/2006, Salario día: 43,27 euros. Raimundo: 29/5/2006. Salario día: 43,27 euros.- Jesús Manuel: 2/6/2008 Salario día: 43,27 euros,- Candido: 3/5/2005 Salario día: 44,14 euros. 2.º) La relación laboral de los demandantes con el Instituto demandado se instrumentó mediante contrato de interinidad para cobertura de puesto de trabajo vacante fijo-discontinuo a tiempo parcial vinculado a oferta de público que en concreto era la del año 99. Los referidos contratos identificaban por su código el puesto de trabajo vacante que ocupaba. Al demandante Pedro Antonio se le reconoció por Sentencia de fecha 4/11/98 del Juzgado Social n.º 9 de Madrid autos 494/98 la condición de personal laboral con carácter fijo-discontinuo indefinido. Docs. Actora relativo los contratos. 3.º) Los periodos de trabajo efectivo de los demandantes se iniciaban con el llamamiento que tenía lugar en torno a finales de mes de mayo (27 al 31 de mayo) o incluso primeros días de junio; y finalizaba sobre últimos días de agosto o primeros de septiembre (31 de agosto a 7 de septiembre).- Doc. Actora relativa a los llamamientos. La cláusula adicional 3.ª de los contratos de trabajo de los

demandantes establecía; "Cada temporada el trabajador recibirá llamamiento especificándole fechas de inicio y fin de la campaña, así como horas totales que, entre efectivas más compensaciones, habría de realizar durante el periodo". Por su parte la cláusula 4.ª determinaba el periodo de actividad señalando; "El periodo de actividad durante el cual se prestan los servicios será fijo y periódico en los meses de verano, entre los días lunes a domingo y en el horario de apertura del centro en su oferta de servicio, de acuerdo con la jornada establecida en las cláusulas quinta y adicional 3.ª". 4.º) Por orden de 30/4/2009 del Consejero de Economía y Hacienda de la CAM se acuerda modificar la relación de puestos de trabajo y la plantilla presupuestaria de Organismo Autónomo IMDER, consistente en amortización de 69 puestos de trabajo denominados socorristas, en ellas están incluidas las ocupadas por los demandantes.- Dicha orden no ha sido publicada en el BOCM. Además el Director General de la Función Pública procedió con fecha 13-3-09 a desafectar las plazas ocupadas por los actores de la OEP años 99, 07 y 08.- Doc 23 demandada. 5.º) El 30/3/09 se llevó a cabo reunión en la Secretaría General del IMDER y el comité de Empresa del mismo de lo que se levantó Acta que obra al doc. 24 del ramo de la demandada y en la que el Secretario General de IMDER informó al Comité de los trámites del Instituto para llevar a cabo una ordenación de la plantilla de Socorristas en un total de 69 plazas, para externalizar el servicio mediante la amortización del puesto al amparo del art. 20.5 de la Ley de Presupuestos de la CAM, previa desvinculación de los puestos de la O.E.P. Se informó al comité de Empresa que no se haría llamamiento a los Socorristas. 6.º) El 17/4/2009 tuvo lugar reunión de la Comisión del Convenio colectivo en la que se trató el asunto relativo a la amortización de plazas de socorrista del IMDER, en la que los representantes sindicales pusieron de manifiesto la irregularidad del procedimiento que constituía en definitiva despido colectivos encubiertos y del que no se ha dado información ni se han seguido los trámites del art. 21.7 del Convenio Colectivo. 7.º) A la relación laboral de los demandantes le era de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral de la CAM. 8.º) Mediante resolución de fecha 13/5/2009 con Registro de Salida 19/5/2009, se notificó a los demandantes la extinción de su relación laboral con el IMDER en razón a la amortización de cada uno de sus puestos de trabajo por orden del Consejero de Economía y Hacienda de 30/4/2009 con amparo en el art. 20.5 de la Ley Presupuestos CAM. 9.º) A algunos trabajadores del IMDER con categoría de Auxiliar de Obras, Auxiliar Control, Auxiliar Hostelería, Administrativos con contrato fijo-discontinuo se les hizo llamamiento el 5/5/2009 para la campaña de verano (folio 325). 10.º) Ciertos trabajadores con categoría de Médicos y Diplomados en Enfermería que prestaban servicios para el IMDER como interinos fijos-discontinuos en instalaciones deportivas, han sido cambiados al Centro de Medicina Deportiva. "Folios 328 a 331-. 11.º) Con fecha 25/5/2009 formularon los actores reclamación Previa que fue ampliada por escrito de 29/5/2009."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por Jesús María, Bernardo, Florentino, Mateo, Jose Luis, Estela, Alonso, Elias, Julián, Carlos Manuel, Sabina, Humberto, Raimundo, Jesús Manuel, Candido contra INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE VICEPRESIDENCIA, CONSEJERIA DE CULTURA Y DEPORTE, debo absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones formuladas en su contra".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Letrada María José Ahumada Villalba actuando en nombre y representación de D. Jesús María y otros ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2010, en la que consta el siguiente fallo: " Que debemos estimar y estimamos la petición subsidiaria del recurso interpuesto por la representación letrada de D. Jesús María y otros contra sentencia dictada por el Juzgado de lo social núm. 27 de Madrid de fecha 20 de noviembre de 2009, en virtud de demanda formulada por los recurrentes contra INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE DE LA CAM, en reclamación sobre DESPIDO, revocando la sentencia de instancia, declarando el despido de los actores como improcedente, condenando a la demandada a que a su opción proceda a readmitir a los trabajadores en su puesto de trabajo o alternativamente a abonarles la cantidad en concepto de indemnización de: D. Jesús María: 5.117, 85 ?. D. Bernardo: 23.835,6 ?, D. Florentino: 7.945,2 ?. D. Mateo: 7.945,2 ?. D. Jose Luis: 20.817 ?. D.ª Estela: 10.532,7 ?. D. Alonso: 18.397,31 ?. D. Elias: 4.978,8 ?. D. Julián: 19.423,8 ?. D. Santos: 11.439,9?. D. Pedro Antonio: 32.487,75 ?. D. Clemente: 3.894, 3 ?. D.ª Sabina: 1.947, 15 ?. D. Humberto: 5.516, 92 ?. D. Raimundo 5.841, 45 ? : D. Jesús Manuel: 5.841, 45 ? :. D. Candido: 13.904,1 ?. Con abono en ambos casos, de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia a razón de: D. Jesús María: 37,91?/día. D. Bernardo: 44,14 ?/día. D. Florentino: 38,15 ?/día. D. Mateo: 38,15?/día. D. Jose Luis: 46,26?/día. D.ª Estela: 39,01 ?/día. D. Alonso: 45,85 ?/día. D. Elias: 36,88 ?/día. D. Julián: 47,96 ?/día. Santos: 42,37 ?/día. D. Pedro Antonio: 48,13 ?/día. D. Clemente: 43,27 ?/día. D.ª Sabina: 43,27 ?/día. D. Humberto: 43,27 ?/día. D. Raimundo: 43,27 ?/día. D. Jesús Manuel: 43,27 ?/día. D. Candido: 44,14 ?/día."

TERCERO.- Por el Letrado de la COMUNIDAD DE MADRID actuando en nombre y representación de la COMUNIDAD DE MADRID (CONSEJERIA DE CULTURA Y DEPORTE) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el registro General de este Tribunal el 17 de mayo de 2011. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada con fecha 16 de marzo de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Recurso núm. 646/2010.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 15 de noviembre de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado la Letrada D.ª María José Ahumada Villalba actuando en nombre y representación de D. Jesús María Y OTROS mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 15 de diciembre de 2011.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE. Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de marzo de 2012. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excma. Sra. D.ª

Maria Milagros Calvo Ibarlucea señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga. Se han cumplido en la tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia dada la complejidad y trascendencia del presente asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social n.º 27 de los de Madrid dictó sentencia el 20 de noviembre de 2009, autos 988/09, desestimando la demanda formulada por D. Jesús María, Bernardo, Florentino, Mateo, Jose Luis, Estela, Alonso, Elias, Julián, Clemente, Sabina, Humberto, Raimundo, Jesús Manuel, Candido contra Instituto Madrileño del Deporte -Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte-. Tal y como resulta de dicha sentencia los actores han venido prestando servicios por cuenta y órdenes del Instituto Madrileño del Deporte -IMDER-, como socorristas de piscina de temporada de verano, habiéndose instrumentado la relación laboral mediante contrato de interinidad para cobertura de puesto de trabajo vacante fijo-discontinuo, a tiempo parcial, vinculados a la oferta pública de empleo. Al demandante D. Pedro Antonio se le reconoció la condición de personal laboral con carácter fijo- discontinuo indefinido por sentencia del Juzgado de lo Social n.º 9 de Madrid, en fecha 4-11-98, autos 494-98. Los periodos de trabajos efectivo se iniciaban con el llamamiento que tenía lugar en torno a finales del mes de mayo, o primeros días de junio, y finalizaba sobre últimos días de agosto o primeros de septiembre. Mediante resolución de fecha 13-5-09, con registro de salida 19-5-09 el IMDER notificó a los demandantes la extinción de su relación laboral, en razón a la amortización de cada uno de sus puestos de trabajo por Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 10-4-09, con amparo en el artículo 20 de la Ley Presupuestaria de la Comunidad de Madrid para el año 2009. Por orden de 30-4-09 del Consejero de Economía y Hacienda de la CAM se acuerda modificar la relación de puestos de trabajo y la plantilla presupuestaria del organismo Autónomo IMDER, consistente en amortización de 69 puestos de trabajo denominados socorristas, en ellos están incluidos los ocupados por los demandantes, orden que no ha sido publicada en el BOCM, habiendo procedido el Director General de la Función Pública, con fecha 13-3-09, a desafectar las plazas ocupadas por los actores de la OEP, años 99, 07 y 08. El 30-3-09 se llevó a cabo reunión en la Secretaría General del IMDER y el Comité de Empresa en la que el Secretario General del Instituto informó al Comité de los trámites seguidos para llevar a cabo una ordenación de la plantilla de socorristas, en un total de 69, para externalizar el servicio mediante la amortización del puesto, al amparo del artículo 20.5 de la Ley de Presupuestos de la CAM, previa desvinculación de los puestos de la OEP.

Recurrida en suplicación por la actora, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 21 de octubre de 2010, recurso 2053/10, aclarada por auto de 20 de enero de 2011, estimando la petición subsidiaria del recurso interpuesto, declarando la improcedencia de los despidos de los actores y condenando a la demandada a que, a su opción, proceda a readmitir a los trabajadores en su puesto de trabajo o, alternativamente, les abone, en concepto de indemnización, la cantidad que fija -modificada por el auto de aclaración-, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia. La sentencia entendió, invocando lo resuelto por la propia Sala en supuestos análogos afectantes a otros trabajadores en las mismas circunstancias, que la amortización de las plazas que los actores venían ocupando ha tenido lugar porque la administración ha encargado ese cometido a una empresa privada, por haberse actuado en fraude de ley, destacando que no hay amortización sino desplazamiento de la actividad a otra empresa. La sentencia contiene el siguiente razonamiento: "*(...) Pero es que además la citada resolución esta dictada en fraude de ley, pues si bien la Administración puede privatizar su actividad y adjudicar a una empresa la actividad de socorrismo, lo que no puede es ignorar el derecho de los empleados que con anterioridad a la adjudicación prestaban servicios para la misma y equiparar a una amortización de las plazas, el desplazamiento de la actividad a una empresa que va a continuar con la misma, lo que lleva consigo que debemos desestimar el recurso formulado y a confirmar la sentencia de instancia*".

Asimismo, siguiendo lo resuelto por la propia Sala en supuestos análogos, la sentencia razona que a la vista de lo establecido en el artículo 21.7 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, no se podía proceder a la amortización de toda la plantilla de socorristas sin que previamente se hubiera negociado con la representación de los trabajadores, por lo que el cese de los actores constituye un despido.

Contra esta sentencia se interpuso por la citada demandada recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de marzo de 2010, recurso número 646/10.

La parte actora ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima que el mismo es procedente.

SEGUNDO. - Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante, hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos, las sentencias comparadas han emitidos pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de marzo de 2010, recurso numero 646/10, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por D. Jesús Luis, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2009 por el Juzgado de lo Social número 7 de Madrid, en autos 1020/09

seguidos a instancia del citado recurrente contra Instituto Madrileño del Deporte, Esparcimiento y Recreación -IMDER- y Ferrovial Servicios SA -FERROSER-, en reclamación por despido. Consta en dicha sentencia que el actor ha venido prestando servicios para el IMDER, con antigüedad de 27-5--06 y categoría de socorrista, habiendo sido contratado como fijo-discontinuo, bajo la modalidad de interinaje, hasta la conclusión de los procesos selectivos. El 13-5-09 la demandada IMDER comunicó al actor la extinción del contrato por amortización del mismo. El IMDER el 3-6-09 adjudicó a FERROSER la actividad de socorrismo para la campaña de verano 2009 en las instalaciones deportivas adscritas al IMDER. Por orden de 30-4-09 de la Consejería de Economía y Hacienda de la CAM, se acordó modificar la relación de puestos de trabajo y la plantilla presupuestaria del IMDER. La sentencia, entendió que el cese era ajustado a derecho razonando en esencia que la Administración tiene facultades para amortizar plazas conforme a la legislación administrativa (art. 13 Ley 1/1986 de 10-abril, de la función pública de la Comunidad de Madrid, art. 37.1.c Ley 7/2007 de 12-abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y art. 21 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid), y que esa amortización convierte en causa justificada el cese de los trabajadores interinos que vinieran desempeñando esos puestos de trabajo de dicha forma provisional, así como que " *constando debidamente acreditado... que el actor suscribió un contrato de interinidad para cobertura de puesto de trabajo vacante fijo discontinuo vinculado a oferta de empleo público con fecha 26/05/2006, para el desempeño del puesto de trabajo vacante n.º 39.190..., y constando igualmente acreditado que el puesto de trabajo vacante n.º 39.190 fue debidamente amortizado por la Orden de 30/04/2009, del Consejero de Economía y Hacienda, por la que se modifica la relación de puestos de trabajo y la plantilla presupuestaria del organismo autónomo Instituto Madrileño del Deporte... se ha de concluir ineludiblemente por la Sala que el... IMDER, se ha sometido a las reglas que rigen la modalidad de contratación utilizada, y ha hecho un uso correcto de las posibilidades organizativas que de la naturaleza del compromiso laboral contraído se derivan* ", por lo que " *la decisión que adoptó... en la que se comunica al trabajador la extinción de su contrato como personal laboral..., no es constitutiva de un despido sino de una válida extinción del contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1.c) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada* ".

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque en dos situaciones de hechos sustancialmente iguales, idénticas pretensiones, causa de pedir y preceptos aplicados las sentencias comparadas han llegado a resultados contradictorios. En efecto, mientras la sentencia recurrida entiende que el cese de los actores constituye un despido improcedente, la de contraste ha entendido que el cese es ajustado a derecho.

Cumplidos los requisitos de los artículos 217 y 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- El recurrente denuncia como infringido lo dispuesto en los artículos 15, 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 4.2 b) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Denuncia asimismo infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 37.1 c) y 74 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 21.7 del Convenio Colectivo para el personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

El recurrente alega en esencia que, de conformidad con lo establecido en la sentencia de la Sala Cuarta de 12 de marzo de 2002, los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la empresa sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, añadiendo que la orden de 30 de abril de 2009, por la que tiene lugar la amortización de los plazas fue publicada en el Boletín Oficial correspondiente y comunicada convenientemente a los actores, a efectos de su conocimiento, con lo cual se ha obrado conforme a la legalidad. Señala asimismo que el artículo 21.7 del Convenio Colectivo alude a las modificaciones sustanciales de plantilla, no a la amortización de puestos de trabajo.

Cuestión similar a la ahora examinada ha sido resuelta por sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 2012, recurso 3264/2010, a cuya doctrina debemos atenernos por razón de seguridad jurídica y por no haber aparecido elementos nuevos que aconsejen un cambio jurisprudencial.

La citada sentencia contiene el siguiente razonamiento: " 2.- Con carácter previo, conviene hacer referencia a los extremos esenciales, a los fines de este recurso, contenidos en la normativa invocada en la comunicación escrita de extinción contractual impugnada, así como en la normativa invocada por la parte recurrente como infringida en relación con las cuestiones suscitadas.

3.- En la comunicación escrita de extinción contractual impugnada se afirma que tal decisión extintiva se fundamenta en la Orden de 30/04/2009, del Consejero de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, que se indica fue dictada al amparo del art. 20.5 Ley 2/2008 de 22-diciembre, de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para el año 2009. *No obstante, dicha Orden (obrante a folio 322) no contiene invocación alguna al referido art. 20.5 Ley 2/2008, y únicamente efectúa una referencia genérica a las competencias administrativas de los órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid y la normativa de la función pública de la indicada C.A. - en concreto a los arts. 13, 15 y 17 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid. --, así como a que "Por la Gerencia del organismo autónomo ?Instituto Madrileño del Deporte? se ha presentado expediente de modificación de la relación de puestos de trabajo y plantilla presupuestaria que tiene por objeto la amortización de 69 puestos de trabajo de naturaleza laboral, denominados socorristas", dispone "aprobar la modificación de la*

relación de puestos de trabajo y plantilla presupuestaria del organismo autónomo Instituto Madrileño del Deporte, tal y como se recoge en el anexo que se une e incorpora a esta Orden".

4.- En la citada Orden 30/04/2009, como se ha indicado, se invocan para fundamentar su decisión los arts. 13, 15 y 17 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, en los que no se hace referencia alguna a la amortización de puestos de trabajo, pues: a) en el art. 13 se dispone que "1. *Las relaciones de puestos de trabajo son el instrumento técnico a través del cual el Consejo de Gobierno racionaliza y ordena las plantillas del personal, determinando sus efectivos de acuerdo con las necesidades actuales de los servicios y precisando los requisitos exigidos para el desempeño de cada puesto, así como su valoración*" y "2. *Las relaciones de puestos de trabajo tendrán carácter público y su aprobación corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad, a propuesta del Consejero de Presidencia*"; b) en el art. 15 se preceptúa que "1. *La relación de puestos de trabajo indicará obligatoriamente para cada uno de ellos: Su denominación, Sus características esenciales, La posición que le corresponde dentro de la organización, Los requisitos necesarios para su desempeño*" y que "2. *Tratándose de puestos de trabajo atribuidos a funcionarios públicos, indicará además:...*"; y c) en el art. 17 se establece "1. *Las plantillas presupuestarias correspondientes a funcionarios relacionarán las dotaciones crediticias ordenadas por los conceptos siguientes:...*" y que "2. *En relación al personal laboral, las plantillas presupuestarias incluirán las dotaciones de créditos ordenadas según los conceptos retributivos abonables a este personal en función de lo establecido en los convenios colectivos que resulten de aplicación*".

5.- Por su parte, en el art. 20 (Oferta de Empleo Público), en su apartado 5, de la Ley 2/2008 de 22-diciembre, de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para el año 2009 (BOCM 30-12-2008), -- invocado en la comunicación escrita de extinción contractual como fundamento de la Orden 30/04/2009, pero al que no se hace referencia alguna en la citada Orden, como se ha analizado --, se establece que "5. *Cuando por razones de planificación de los efectivos disponibles, de reordenación organizativa, de eficiencia en la utilización de los recursos económicos u otras circunstancias de similar alcance sea necesario, las convocatorias de pruebas selectivas que, en su caso, se adopten a partir de la entrada en vigor de la presente Ley en ejecución de las Ofertas de Empleo Público aprobadas con anterioridad a la misma, podrán incluir un número de plazas inferior a las inicialmente anunciadas, previa su amortización*". Lo que tampoco tiene relación alguna con la amortización de plazas decretada y no se alega ni consta que, con relación al Instituto Madrileño del Deporte, directa o indirectamente, se hayan adoptado convocatorias de pruebas selectivas a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 2/2008 en ejecución de las Ofertas de Empleo Público aprobadas con anterioridad a la misma, ni que, por tanto se exija la amortización de plazas para poder incluir un número de plazas inferior a las inicialmente anunciadas.

6.- Los apartados 1, 2, 5, 6 y 7 (éste último apartado invocado como infringido por la C.A. recurrente) del art. 21 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid establecen:

"1. Corresponde a los órganos directivos de la Comunidad de Madrid, con competencia para ello, la organización del trabajo, pudiendo establecer los sistemas de valoración, racionalización, mejora de métodos, procesos de simplificación del trabajo, el establecimiento de plantillas de personal adecuadas y suficientes que permitan el mayor y mejor nivel de prestación de servicios.

2. La representación de los trabajadores vendrá obligada a participar en todas aquellas instancias donde se establezcan condiciones de trabajo. De este modo se les solicitará informe previo y tendrán derecho a ser informados.

5. En materia de determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid se negociarán con los sindicatos legitimados para la negociación del presente convenio aquellas cuestiones que afecten a las condiciones de trabajo del personal, quedando al margen de la negociación las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización. Cuando las consecuencias de esas decisiones organizativas puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo del personal, se consultará previamente a dichos sindicatos.

6. Asimismo y sin perjuicio de la potestad de autoorganización de la Administración, ésta negociará con los sindicatos presentes en la mesa técnica creada al efecto, en la que participará la Consejería de Hacienda y un representante de la Consejería afectada, las plantillas tipo o ideales de los centros de trabajo incluidos en este convenio. Las modificaciones de dichas plantillas serán igualmente negociadas con las organizaciones sindicales en dicha mesa.

7. En los supuestos de modificaciones sustanciales de las plantillas y relaciones de puestos de trabajo, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y disposición adicional séptima de la Ley 22/1993, así como lo dispuesto en los artículos 40 y 51 del Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 43/1996, de desarrollo de estos últimos, los procedimientos a observar se ajustarán a lo siguiente:

a) Elaboración de memoria justificativa de las causas o motivos de la modificación propuesta, acompañada de la documentación acreditativa de aquéllas, así como de medidas propuestas y sus referencias temporales.

b) Se negociará por los sindicatos firmantes del convenio esta modificación y en especial las siguientes circunstancias:

- Plantillas o relaciones de puestos de trabajo propuestas.

- Medidas a observar en relación con los empleados públicos que resulten afectados y ello con la finalidad de adaptar y ajustar la nueva plantilla".

7.- Por último, en el invocado por la Administración pública recurrente art. 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se preceptúa que "1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.- B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.- C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva".

CUARTO.- 1.- En el presente recurso, -- y a diferencia, en su caso, de lo planteado en otros análogos que han sido resueltos por la Sala en sus SSTS/IV 14-abril-2011 (rcud 3450/2010) y 3-mayo-2011 (rcud 3293/2010) y de cuya doctrina ahora nos separamos --, no se plantea la problemática de si como presupuesto necesario para decidir sobre la validez de la extinción contractual, corresponde al orden jurisdicción social, con base en la atribución competencial para el conocimiento de las cuestiones prejudiciales administrativas que efectúa el art. 4.1 LPL, determinar si la referida amortización se ha efectuado por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido. Extremo que ya resolvió esta Sala afirmativamente en su STS/IV 10-julio- 2000 (rcud 4145/1998, Sala General), -- seguida, entre otras, por las SSTS/IV 12-febrero-2001, 2 y 10-abril-2001 y 7-noviembre- 2001 --, en la que se establecía, esquemáticamente, que "es incorrecta la doctrina de la sentencia de contraste al sostener que, para declarar la procedencia del cese, basta con comprobar ¿la veracidad de la amortización de la plaza?, refiriéndose con esa expresión a que el órgano judicial social sólo debe cerciorarse de que la amortización ha quedado constatada documentalmente" y que "para poder valorar con pleno conocimiento de causa si el cese contra el que se acciona se ha producido conforme a derecho o, por el contrario, constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar, en la medida necesaria para resolver la cuestión, si se está o no en presencia de una auténtica amortización"

2.- Tampoco resulta esencial para la resolución del recurso, -- puesto que no ha sido el motivo esencial de la estimación de la demanda en la sentencia impugnada, ni se ha articulado con tal carácter por la C.A. recurrente --, abordar ahora la problemática de si la amortización de las plazas debería haberse o no negociado con los representantes de los trabajadores en alegado cumplimiento del art. 21.7 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid (argumento no invocado por la empleadora recurrente en suplicación y que aparece por primera vez en la sentencia de suplicación a instancia de los actores para intentar reforzar con otros argumentos la decisión de la sentencia de instancia impugnada), pues en casación la C.A. ni siquiera afirma que existiera tal negociación limitándose a señalar que no era necesaria por tratarse de amortización de plazas, ni la de si es o no correcta la distinción propuesta por la Comunidad ahora recurrente en el sentido de que "el artículo 21.7 del Convenio Colectivo alude a las modificaciones sustanciales de plantilla, no a la amortización de puestos de trabajo", dado que en los hechos declarados probados no constan los extremos que resultarían necesarios para dar una respuesta jurídica a tal cuestión, a pesar de la documental existente no reflejada en aquéllos y la no petición de posible revisión fáctica por la empleadora recurrente, siendo la cuestión esencial planteada la de si ha existido o no una verdadera amortización y las derivadas consecuencias sobre la extinción contractual impugnada, dado que el juzgador del orden social no puede "quedar vinculado por la simple existencia de cualquier acuerdo de amortización que, esté o no ajustado a derecho" (arg. ex STS/IV 10- julio-2000).

3.- Tampoco, a diferencia de lo acontecido al resolverse por esta Sala cuestiones similares, consiste ahora el objeto del debate en determinar si para extinguir los contratos de interinidad por vacante tras una decisión administrativa de amortización necesitan o no las Administraciones públicas acudir el procedimiento previsto en los arts. 51 y 52 ET para amortizar plazas ocupadas por trabajadores interinos; lo que, con carácter general, se viene resolviendo negativamente por nuestra jurisprudencia.

QUINTO.- 1.- En cuanto al concreto tema planteado por la parte recurrente, ciertamente en la STS/IV 12-marzo-2002 (rcud 1223/2001), invocada por dicha parte, se reitera la doctrina jurisprudencial relativa a que el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino, y que en el supuesto en aquélla enjuiciado en que, conforme a los hechos probados de la sentencia impugnada, "se suprimen las plazas de monitores deportivos existentes en años anteriores como consecuencia de las necesidades económicas de este municipio que han originado una disminución y eliminación de dichas plazas en el organigrama del Ayuntamiento", se declara procedente la extinción contractual, argumentándose que "el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo. Conclusión que responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad, referida al desempeño con carácter de provisionalidad de un puesto de trabajo. Entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido - pues el cese del interino solo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza -, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha

suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limita ni elimina las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad".

2.- Compartimos y asumimos plenamente dicha doctrina de esta Sala recaída en este supuesto claro en el que se han suprimido unas plazas que, por necesidades económicas, se estiman "innecesarias" y el contrato del interino "ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo" y se extingue también por la supresión de la plaza, aunque no esté tal causa reflejada expresamente en el contrato de interinidad.

3.- Pero en el presente caso lo que se cuestiona es si ha existido o no realmente amortización de plazas por resultar innecesarias, no aceptándose en la sentencia impugnada, confirmatoria de la de instancia, la realidad de la amortización.

4.- La real existencia de la amortización es jurídicamente cuestionable si en este caso lo que se ha efectuado realmente por la Administración pública es un mero cambio en la forma de provisión o gestión de unas plazas, como las de socorrista, cuya existencia y desempeño es necesario para el Organismo correspondiente, el que mantiene la gestión de las piscinas públicas y al que le es exigible el mantenimiento de la "prestación de la actividad de socorrismo previsto por la legislación vigente" para la utilización pública de aquellas, si resuelta, como ahora acontece, que en vez de gestionar la propia Administración el servicio de socorrismo convoca un concurso público para que tal actividad sea prestada por una empresa privada, a la que adjudica el servicio coincidiendo con la notificación de la extinción contractual de los demandantes.

5.- El supuesto no encaja con el de supresión de una plaza innecesaria analizado en la citada STS/IV 12-marzo-2002 (rcud 1223/2001); y, por otra parte, según el Diccionario de la Real Academia Española, una de las acepciones de la palabra "amortizar" es la de "Suprimir, por considerarlos innecesarios, empleos o plazas vacantes en una institución pública o empresa privada". En el presente caso, resulta que: a) la necesidad sigue persistiendo y no hay innecesidad en la existencia y el desempeño de la plaza, pues es esencial para la posible utilización de las piscinas que gestiona directamente la Administración pública empleadora la realización del servicio de socorristas, aunque en definitiva no quiera actuar como empresario ni abonar directamente las retribuciones de los socorristas para que, en definitiva, se desempeñe el servicio a través de una empresa privada adjudicataria y haya utilizado con tal fin un proceso de amortización de plazas; b) no se justifica la necesidad y finalidad de la denominada amortización de las plazas y, además, es totalmente distinta de la indicada a los demandantes en la carta de extinción contractual, y al no coincidir ni con lo motivado en la Orden 30/04/2009 ni con el señalado como su fundamento, el art. 20.5 Ley 2/2008 de 22-diciembre, con lo que el contenido del concreto precepto legal tampoco guarda relación o puede servir para fundamentar jurídicamente la decisión de amortización de plazas adoptada. Es por todo ello, por lo que en la sentencia impugnada, se afirma que la empleadora puede haber actuado en fraude de ley, "pues si bien la Administración puede privatizar su actividad y adjudicar a una empresa, en este caso a la codemandada... S.A., la actividad de socorrismo, lo que no puede es ignorar el derecho de los empleados que con anterioridad a la adjudicación prestaban servicios para la misma y equiparar a una amortización de las plazas, el desplazamiento de la actividad a una empresa que va a continuar con la misma...".

6.- En definitiva, el cese de los demandantes no se ajustó a derecho y se efectuó en fraude de ley por lo que "no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir" (art. 6.4 Código Civil) al no haberse producido la amortización en la que se pretendía justificar aquél cese, motivándose la extinción contractual en una amortización ficticia y no siendo comunicada su causa real a los demandantes, cuando lo acontecido en la realidad consistió en convocar concurso para cubrir externamente las mismas plazas que se indicaban amortizadas adjudicando el servicio a una empresa privada."

CUARTO.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede la desestimación del recurso formulado.

QUINTO.- El recurrente, con carácter subsidiario, alega que se ha producido un error en el calculo de las indemnizaciones ya que no se han tenido en cuenta los días realmente trabajados por cada demandante, pues al ser fijos discontinuos no trabajan todos los días del año, y se han fijado las indemnizaciones partiendo de que los años se han trabajado completos.

El motivo ha de ser desestimado ya que, en primer lugar, el auto de la Sala de lo Social de 20 de enero de 2011, de aclaración de la sentencia de 21 de octubre de 2010, procedió a fijar la indemnización pretendida por la propia demandada en el escrito solicitando la aclaración.

En segundo lugar la parte no ha invocado sentencia de contraste para proceder a la unificación de doctrina.

Por último en el relato de hechos probados no aparece dato alguno que permita establecer que días concretos trabajaron cada año cada uno de los actores.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada del Instituto Madrileño del Deporte de la Comunidad de Madrid contra la Sentencia dictada el 21 de octubre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso de suplicación número 2053/10, interpuesto por D. Jesús María, D. Bernardo, Florentino, D. Mateo, D. Jose Luis, D.ª Estela, D. Alonso, D. Elias D. Julián, D. Santos, D. Pedro Antonio, D. Clemente, D.ª Sabina, D. Humberto, D. Raimundo, D. Jesús Manuel, D. Candido contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 27 de Madrid el 20 de noviembre de 2009, en autos núm. 988/09, seguidos a instancia de dichos recurrente contra el INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID. Se acuerda la imposición de costas a la recurrente en la que se incluirá la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. Dña. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia de dicha Sala de 6 de junio de 2012, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 1623/2011.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1623/2011, en el que expreso, con total respeto, mi discrepancia del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERA.- En la sentencia recurrida el debate se mantiene exactamente por el mismo cauce que en la instancia. Es decir, en suplicación la censura jurídica se contrae a la necesidad de acudir al trámite del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores previsto para los despidos colectivos y a la aplicación del artículo 21-7.º del Convenio Colectivo, acerca de los procedimientos a observar en las modificaciones sustanciales de las Plantillas y Relaciones de Puestos de Trabajo. Es cierto que la Sala, al realizar un examen comparativo de las decisiones adoptadas por sus secciones reproduce en parte el texto de una sentencia de 15 de julio de 2010 de su sección quinta en la que se refiere a la existencia del fraude de ley, y a continuación alude al criterio dispar de la sección segunda, pero en todo caso, limitando la comparación al análisis de si "este orden social de la jurisdicción puede plantearse a título prejudicial y, por tanto, con carácter incidental, la legalidad o no de la decisión administrativa de amortizar determinados puestos de trabajo vacantes, sin perjuicio de insistir en que esta materia aparece regulada en el artículo 21.7 de la norma convencional de referencia."

La sentencia llega a una conclusión afirmativa acerca de ese punto. Dicha conclusión se apoya en que establecida una serie de requisitos en el artículo 21.7 del Convenio Colectivo, en el expediente administrativo aportado por la Comunidad de Madrid no aparece la memoria justificativa de las razones que aconsejaban la modificación de la plantilla entonces existente. Tras analizar las dos razones origen de la improcedencia del despido, a saber, nulidad de la Resolución del procedimiento administrativo de amortización de Puestos de Trabajo, al no tener los trabajadores conocimiento del mismo y apreciar la negativa de la Administración a negociar, concluye afirmando la expulsión del universo jurídico de la modificación de plantilla y la amortización, al constituir un despido carente de los requisitos formales establecidos en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, ante la falta de llamamiento y, posteriormente extinguiendo los contratos al amparo de una Orden no publicada y dictada sin respeto a los requisitos formales estipulados en el Convenio Colectivo.

Cuando la sentencia frente a la que se dirige el voto particular recoge en cursiva y entre comillas el texto que figura en el Primero de sus Fundamentos de Derecho como si formara parte del razonamiento de la recurrida, lo que hace es atribuir a dicha sentencia el texto que la misma recoge como reproducción del texto de la Sentencia de 15 de julio de 2010 dictada en Suplicación por la sección quinta del Tribunal Superior, utilizado por la recurrida junto con otros términos, para su comparación con los de la sección segunda, de suerte que cuando se recoge entre comillas por la sentencia de unificación las afirmaciones acerca de la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia como si tales afirmaciones lo fueron de la sentencia recurrida, en realidad esta introduciendo en las comillas lo que fue una afirmación de la sentencia de 15 de julio de 2010, sin que en modo alguno figure entre los específicos razonamientos de la sentencia recurrida cuando decide dar respuesta necesariamente, y a las denuncias de infracciones formuladas por los trabajadores para culminar la estimación del recurso. De haber incluido la sentencia recurrida el citado razonamiento como propio y como ratio decidendi habría dado lugar a su incongruencia, lo que habría correspondido hacer valer a la hoy recurrente. Pero ni siquiera ese esfuerzo le es exigible a la

demandada ya que no se incurrió en el vicio al que se ha hecho referencia pues no se ha utilizado por la sentencia recurrida para hacer prevalecer la estimación del recurso de los trabajadores.

En modo alguno hace alusión la sentencia a que la extinción carezca de validez por un fraude basado en la externalización, y solo una lectura apresurada de la resolución, confundiendo lo que es una mera comparación de resoluciones anteriores, aun cuando la reproducida en parte, proceda de la misma sección, con la asunción por la sentencia recurrida de los razonamientos de la comparada en su totalidad, puede llevar a considerar que la recurrida contempla como objeto de debate la trascendencia que quepa atribuir a la externalización en orden a la validez de la amortización. Son estas consideraciones las que conducen al voto particular a apreciar una diferencia sustancial entre la sentencia origen del presente recurso y las actuaciones que dieron lugar a la sentencia del Pleno de la Sala de 28 de febrero de 2012 (R.C.U.D. núm. 3264/2010 y 4139/2012). Por el contrario, recupera plena vigencia la doctrina de la Sala en Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011 (R.C.U.D. 3293/2010) acerca de las condiciones de licitud para el ejercicio de las facultades de la Administración Pública en orden a la amortización de plazas ocupadas por trabajadores interinos, permite apreciar que su decisión contenga elementos suficientes en los que apoyar la aplicación de la doctrina del Pleno de la Sala Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 (R.C.U.D. 3264/2010).

Madrid, 6 de junio de 2012.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga así como el voto particular formulado por la Excma. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.