Recurso de Suplicación 001805/2019

Ilmo/a. Sr/a. Presidente D/Dª.
Ilmo/a. Sr/a. D/Dª.
Ilmo/a. Sr/a. D/Dª.

En València, a diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as citados/as al margen, ha dictado la siguiente,

SENTENCIA Nº 002170/2019

En el Recurso de Suplicación 001805/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 DE ALICANTE, en los autos , seguidos sobre DESPIDO, a instancia de asistida por el Letrado D. contra DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ALICANTE, representada por la Procuradora Dª y en los que es recurrente ha actuado como Ponente el/a Ilmo/a. Sr/a. D./Dª.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: "Estimando parcialmente la demanda presentada por Doña frente a la Diputación Provincial de Alicante, declaro que la extinción de la relación laboral de las partes fue un cese por cobertura de plaza, siendo procedente y generando el derecho de la Sra. a una indemnización de 22.137,4euros, condenando a la demandada a que abone dicha indemnización a la Sra. con absolución de la demandada del resto de peticiones deducidas frente a ella."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: PRIMERO.-La demandante, Doña , mayor de edad, con NIF nº: ha prestado servicios por cuenta y orden de la Diputación de Alicante

desde el . como personal laboral temporal en virtud de sucesivos contratos temporaleshasta que el se declaró de carácter laboral e indefinido, con categoría profesional de en centro , y desde desempeñando labores de y salario a efectos de despido de euros/día, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, no cobrando complemento específico correspondiente a sus funciones (Documentos 6, 8 a 14 10de la parte actora, 1 a 24 de la demandada). SEGUNDO.-En resolución de Diputación de Alicante, en el expediente relativo a la aprobación del Plan de Estabilidad del Empleo Temporal del personal al servicio de la Diputación por la que se declaró de carácter laboral e indefinida la relación laboral de la demandante, también se estableció que se debería proceder a efectuar las correspondientes convocatorias públicas para consolidación de este personal mediante el sistema de concurso-oposición libre, con respeto a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Tal resolución se notificó a la Sra. (Documento 18 de la actora y 2 de la demandada).TERCERO.-El se dictó resolución concretando las plazas incluidas en Turno libre para el concurso oposición, precisando que la relación de dichas plazas se correspondía con los contratos de personal indefinido que se reflejan en la resolución y en la que se encuentra la plaza de Doña . (Documento 31 de la demandada). CUARTO.-En el BOP se publicó la convocatoria y bases del concurso oposición para selección de por el turno libre, vacantes en la Plantilla de la Diputación e incluidas en la Oferta de Empleo público concurso oposición en el que intervino la Sra. estando incluida en la lista definitiva de aspirantes con el número publicándose dicha lista de aspirantes en el BOP Tras la celebración del concurso oposición, aprobaron 6 de los opositores tomando posesión todos ellos como Funcionarios de Carrera para ocupar una plaza ..... en la Diputación. (Documentos 25 a 30 de la demandada).QUINTO.-El Departamento acordó el cese del personal laboral indefinido no fijo en la categoría de con efectos del día anterior al de la toma de posesión como funcionarios de carrera de los aspirantes que habían obtenido plaza tras superar el concurso oposición convocado para ello. (Paginas 26 a 28 del expediente administrativo).SEXTO.-La Sra no ostentó condición de representación legal de los trabajadores. (No controvertido). SÉPTIMO.-La Sra. presentó reclamación previa a la Diputación el en materia de derechos v cantidad, solicitando el reconocimiento de la realización de funciones de y la cantidad de 7.114,74 euros en concepto de diferencias salariales, a razón de euros por mes en y de euros por mes en (Documento 22de la actora). OCTAVO.- En Diputación Provincial de Alicante tenía de funcionario se mantuvo en la Relación de Puestos de Trabajo de funcionario . (Documentos 19 y 20 de la actora)."

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- interpone su día demanda contra la Entidad DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ALICANTE en ejercicio de acción de despido, solicitando que se declare la improcedencia del despido con las consecuencias legales y subsidiariamente la inexistencia de causa para proceder al cese , teniendo derecho a una indemnización de veinte días por año de servicio y con una antigüedad del 03/07/2001.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda declarando que la extinción de la relación laboral entre las partes fue un cese por cobertura de plaza, siendo procedente y generando el derecho de la actora a una indemnización 22.137,4 euros, pronunciamiento frente al que se alza la parte demandante, interponiendo recurso de suplicación y solicitando se revoque la sentencia de instancia y se declare el cese como un despido improcedente calculando la indemnización correspondiente en función del salario /día correspondiente a las funciones realizadas de forma efectiva y declaradas en los hechos probados como "labores de realizando las funciones del puesto de (euros/día)" y subsidiariamente se reconozca el cese como despido improcedente calculando la indemnización correspondiente en función del salario/día correspondiente a las funciones (euros/día), y que como segunda petición subsidiaria se reconozca el cese como procedente calculando la indemnización correspondiente en función del salario/día correspondiente a las funciones realizadas de forma efectiva y declaradas en los hechos probados como "labores

(euros/día)". La parte demandada impugnó el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la parte recurrente formula un primer motivo de recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS a fin de revisar los hechos probados a la vista de las pruebas documentales practicadas obrantes en autos. Propone así la parte actora revisar el hecho probado primero de la sentencia de manera que el mismo quede redactado de la forma que se indica a continuación resaltando en negrita las adiciones propuestas: *"La demandante, Dª , mayor de edad, con NIF nº ha prestado servicios por cuenta y orden de la Diputación de Alicante desde el como personal laboral temporal en virtud de sucesivos contratos temporales hasta que se declaró el carácter laboral e indefinido , con categoría profesional de desempeñando labores* ***realizando las funciones del puesto de*** *y salario a efectos de despido de*

euros/día, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, no cobrando complemento específico correspondiente a sus funciones (documentos 6,8 a 14, 10 de la parte actora, 1 a 24 de la demandada). ***No obstante, la actora en el desempeño de las labores de***

le correspondía un salario de euros mes lo que a efectos de despido supone euros día.

La actora tenía encomendadas como funciones de las siguientes tareas destinadas a la realización del presupuesto anual de las unidades dependientes de la misma: realización de propuesta de las necesidades de personal; realización de propuesta de las necesidades de maquinaría, equipos informáticos, instalaciones y utillaje de las distintas unidades; realización de propuesta de necesidades de mobiliario y enseres de las distintas unidades; realización de propuesta de n3ecewsidades de reparaciones de cierta envergadura; realización de propuesta de actividades realización de propuesta de ejecución de obras; realización de propuesta en general de cualquier gasto especial, corriente o de inversión, para la inclusión en el presupuesto del ejercicio anual correspondiente".

Se apoya para ello la parte recurrente en los folios 195 a 198, folio 245 y 246 y folio 124. Para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes exige la Jurisprudencia que concurran los siguientes requisitos:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana critica, (artículo 97.2 LRJS) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los

hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social.

De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a). Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b). Los hechos notorios y los conformes.

c). Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.

d).Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos.

Partiendo de tales precisiones, únicamente podemos acceder a adicionar al hecho probado primero, que la actora realizaba funciones de así como las funciones que como tal tenía encomendadas y que se recogen en el párrafo que adiciona la parte recurrente, pues así se desprende de forma clara y patente de los documentos obrantes a los folios 195 a 198. Sin embargo no podemos adicionar el párrafo que consta al final del texto que figura en el hecho probado primero y referido al salario que correspondía a la actora como pues lo que se recoge en el mismo es un concepto jurídico predeterminante del fallo tratando así de reflejar que pese al salario que percibía le correspondía uno diferente, lo que deberá argumentarse a través del motivo recogido en el apartado c) del artículo 193 LRJS ya que recoge un juicio de valor impropio del relato fáctico, como lo es desde luego la afirmación que consta en el relato fáctico de cuál es el salario a efectos del despido que entendemos que se trata de una afirmación que debe tenerse por puesta en la fundamentación jurídica y que lo que se refleja en el hecho probado primero es lo percibido por la actora en el año anterior al despido como así se explicita en la fundamentación de la Sentencia.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS la parte recurrente formula un segundo motivo de recurso que tiene por objeto el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia. Dentro de este motivo en el apartado A se denuncia la infracción por inaplicación de lo previsto en los artículos 51 y 52 del Rdleg 2/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el TRLET así como la infracción de la Jurisprudencia relacionada con estos preceptos, considerando así que el cese de la actora como personal laboral indefinido no fijo constituye un despido improcedente, pues la cobertura del puesto lo

ha sido en puestos a ocupar por funcionarios de carrera y además para ello habría que acudir al procedimiento de despido objetivo, argumentando que el procedimiento de cobertura es válido para personal funcionario pero no para personal laboral y se cita al efecto la STS de 20 de Julio del 2017 (rec 2832/2015).

En el presente caso, la actora que venía prestando servicios para la demanda como personal laboral temporal en virtud de sucesivos contratos temporales, por resolución de es declarada como personal laboral e indefinido, haciéndose constar en la referida resolución que se debería proceder a efectuar las correspondientes convocatorias públicas para consolidación de este personal mediante el sistema de concurso-oposición libre con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. El se dicta resolución concretando las plazas incluidas en el turno libre para el concurso oposición precisando que la relación de dichas plazas se correspondía con los contratos de personal indefinido reflejados en la resolución entre las que se encuentra la plaza de la actora. La convocatoria y bases del concurso oposición para selección de por el turno libre vacantes en la plantilla de la Diputación e incluidas en la oferta de empleo público y la actora participó en la misma, si bien en la misma aprobaron 6 de los opositores que tomaron posesión de sus plazas como funcionario de carrera en fecha A la vista de ello la demandada acuerda el cese del personal laboral indefinido no fijo en la categoría con efectos del día anterior al de la toma de posesión como funcionarios de carrera de los aspirantes que han obtenido plaza tras superar el concurso oposición, y en consecuencia se acuerda el cese de la actora. Partiendo de tales datos fácticos recogidos en la Sentencia de instancia, nos encontramos ante un supuesto similar al analizado por el Tribunal -supremo en su Sentencia

a la que hace referencia la Sentencia recurrida y no se puede incardinar este supuesto en el analizado en la Sentencia alegada por la parte recurrente de

Ello es así pues la referida Sentencia tras analizar la doctrina de la Sala sobre la figura del personal indefinido no fijo, recoge las diferencias del supuesto que analiza con el que se planteaba en el recurso resuelto señalando que en ese caso La Xunta adscribe a la trabajadora, una vez que se le ha reconocido la condición de indefinida no fija, a una plaza funcionarial ya ofertada y que por tanto, la doctrina sobre terminación específica del contrato **indefinido no fijo** (sin despido, pero con indemnización de 20 días por año) es inaplicable al caso. Sin embargo esas diferencias no concurren en este caso que sí se asimila al analizado en la Indica así la

citada por el recurrente: *"**TERCERO.- Doctrina de la Sala.** Puesto que la figura del*

*personal **indefinido no fijo**, fragmentadamente acogida por alguna norma, deriva de una construcción jurisprudencial es lógico que las diversas posiciones sostenidas al hilo de un problema prototípico de ella se basen en lo expuesto por sentencias de esta Sala Cuarta.*

De cara a resolver el supuesto planteado con arreglo a nuestra doctrina, por tanto, interesa recordar dos criterios que aparecen estrechamente enlazados. ***1. Cese de indefinido no fijo en plaza funcionarial, por amortizarse la misma.***

*Las SSTS 7 julio 2015 (rec. 2598/2014), 508/2016 de 9 junio (rec. 25/2015) y 1053/2016 de 13 diciembre (rec. 2059/2015) abordan el mismo caso: determinar si el cese del actor fundado en la ocupación de la plaza de funcionario que venía desempeñando (a pesar de ser laboral, **indefinido no fijo**) puede calificarse como despido. En ellas se sostiene lo siguiente:*

«La Sala considera que el cese de la actora debe ser calificado como despido porque el hecho de que se hubiese amortizado una plaza de funcionario a la que indebidamente estaba adscrita la demandante, no permite apreciar la existencia de una causa lícita subsumible en el apartado b) del nº 1 del art. 49 ET, para extinguir el vínculo laboral. Así, dice la sentencia que no cabe hablar de cobertura reglamentaria de la plaza ni de amortización, ya que el vínculo laboral continúa subsistente al tratarse de una plaza de funcionario que se amortiza y que la trabajadora ocupaba indebidamente, de forma que el cese de la trabajadora, por amortización, debe ser calificado como despido».

Y ello con independencia de la forma del cese pues en las aludidas sentencias se recuerda que:«Para poder extinguir los contratos sin previamente haber cubierto reglamentariamente las plazas, la Administración Pública deberá acudir a la vía de extinción prevista en losarts. 51 y 52 ET [cauce ya previsto por la DA vigésima ET]».

2. Cese de indefinido no fijo en plaza laboral.

La STS 257/2017 de 28 marzo aborda el caso de una trabajadora de ente público, indefinida no fija. Convocado concurso oposición para cubrir la plaza que ocupaba, la misma participó sin éxito en ese concurso, en el que la plaza se adjudicó a una tercera persona que la ocupó.

" El debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la

situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato ".

La doctrina, sentada por el Pleno de esta Sala, ha sido seguida posteriormente por SSTS 402/2017 de 9 mayo y 421/2017 de 12 mayo , entre otras.".....

Sigue diciendo dicha Sentencia: "*...En nuestro caso, por el contrario, la plaza a que se adscribe a la trabajadora demandante figuraba ya ofertada a provisión en el concurso de traslados de puestos de trabajo vacantes en la Administración Especial*

. convocado por Orden de la Consellería

. A estos efectos no resulta relevante la suerte que corriera esa oferta (queda desierta) sino la adscripción realizada por la empleadora; a un puesto inaccesible para quien ha obtenido la condición de indefinida no fija.

C) El Ministerio Fiscal expone que, con arreglo al relato de hechos probados y a la sentencia que así lo reconoce, la trabajadora tiene derecho a ocupar una plaza de personal laboral reservada y a ser adscrita a una plaza de tales características. Por lo tanto, su adscripción a la plaza funcionarial, que iba a ser amortizada, no puede entenderse sino como incumplimiento del derecho derivado de esta situación, lo que hace que exista un despido.

D) La doctrina que hemos sentado en las sentencias reseñadas es aplicable, como en ellas luce, a supuestos en los que la plaza ocupada se convoca con posterioridad a haberse reconocido la condición de indefinida no fija a su titular.

Las múltiples incidencias que pormenoriza el relato de hechos que se ha transcrito más arriba evidencian que cuando se dicta la STSJ Galicia 30 enero 2013 , declarando a la trabajadora como indefinida no fija, ya está en marcha la convocatoria para la provisión de la plaza a que se adscribe. Por tanto, nos encontramos ante un supuesto diverso"

En este caso, la actora es declarada como personal laboral indefinido en del y ya se hacía constar en la resolución que así lo declara que debería procederse a realizar las oportunas convocatorias públicas para la consolidación de este personal mediante el sistema de concurso-oposición libre y dicha convocatoria se realiza tras haberse concretado ya en las plazas incluidas en el turno libre del concurso oposición, entre las que se encontraba la de la actora y de otros contratos de personal indefinido. La actora incluso se presenta a dicha convocatoria pero no la supera y por ello al

cubrirse la plaza que venía ocupando como personal indefinido y que estaba sujeta a su consolidación a través de la referida convocatoria, la demandante es cesada. Es indiferente que la convocatoria del turno libre de concurso oposición lo fuera para acceder a una plaza de funcionario de carrera, pues lo relevante es que la actora fue adscrita a una plaza vacante en la Diputación, incluida en la oferta de empleo público y que se posibilitó a la misma consolidar su puesto de trabajo participando en la referida convocatoria, por lo que el hecho de que no lograse superar dicho proceso selectivo y su plaza fuera ocupada por los aspirantes que sí lo superaron constituye una causa válida de extinción del contrato de trabajo, y no podemos entender que estamos ante un despido improcedente como argumenta la parte recurrente, lo que nos lleva a desestimar este apartado A) del segundo motivo de recurso.

CUARTO.-El apartado B del segundo motivo de recurso denuncia la infracción de lo previsto en el artículo 53 y 56 c) ET así como infracción de la Jurisprudencia relacionada con esos preceptos, alegando que la Sentencia recurrida reconoce a la actora una indemnización por el cese de 20 días por año de servicio con un módulo salarial de euros al día sin tener en cuenta el módulo salarial que correspondía a las funciones que efectivamente venía realizando como y que dice suponen un módulo diario de euros al día, alegando la referida Sentencia en la fundamentación que " No se ha tenido en cuenta el complemento específico de a efectos del cese por no venir percibiéndolo, sin perjuicio de la acción de la reclamación de cantidad a que tiene derecho por las diferencias salariales."

Al efecto viene señalando la Jurisprudencia tal y como lo alega la parte recurrente que una cosa es el derecho del trabajador a ostentar una determinada categoría profesional, para lo que será preciso examinar los requisitos exigidos en el convenio para proceder al ascenso, o la corrección del encuadramiento inicial en una determinada categoría, cuestiones ambas que son objeto de la modalidad procesal correspondiente, y otra bien diferente es la determinación del salario que el trabajador tenía derecho a percibir en función de la jornada y de las tareas efectivamente realizadas. Y esta es una cuestión que necesariamente deberá ser examinada en todo proceso de despido por mor de lo dispuesto en el artículo 107.b) LRJS. Señala al efecto la citada por la parte recurrente: " *La contradicción debe, por tanto, estimarse y hay que examinar la denuncia que se invoca de la infracción del artículo 27.2 de la* *Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563)* *en relación con el artículo 28 de la misma Ley, sosteniendo que la actora ha acumulado indebidamente una acción de clasificación profesional a una acción de despido. El motivo tiene que fracasar, de*

acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala a partir de la sentencia de 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1441) . Esta sentencia recordaba que la doctrina de la Sala (sentencias de 7 diciembre 1990 [RJ 1990, 9760] y 3 enero 1991 [RJ 1991, 47]) ha establecido que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es «en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la Ley...una reclamación inadecuada». En la misma línea, la sentencia de 12 abril 1993 (RJ 1993, 2922) reiteró que solamente en el proceso de despido puede discutirse la cuantía de la retribución que ha de tomarse en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación, que no pueden reclamarse en proceso posterior. Es cierto que en algunos casos esta doctrina se ha establecido en supuestos, en los que se habían producido reducciones unilaterales del salario antes del cese o del ejercicio de la acción resolutoria del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) . Pero se trata de un dato accidental, porque, como ya se ha dicho, lo que se plantea aquí es un problema estrictamente procesal en orden a determinar el alcance de la regla del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y lo que se establece es que no es acción distinta de la propia del despido la fijación de los datos sobre los que deben determinarse las indemnizaciones que han de reconocerse en ese proceso cuando es estimada la pretensión del trabajador. Este criterio se ha reiterado en sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 5114) y 21 de septiembre del mismo año (RJ 1998, 7296) y 27 de marzo de 2000 (RJ 2000, 7401) ; estas últimas destacando la falta de contenido casacional de una pretensión impugnatoria que mantenía que había que estarse en la determinación de la indemnización al salario percibido en el momento del despido, sin poder plantear en el proceso de despido el cálculo de las indemnizaciones en función del salario que debió percibir el trabajador. Así lo declara también el auto de 14 de enero de 1999 (RJ 1999, 891) , para el que es ya doctrina unificada que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia.

SEGUNDO.- La sentencia de contraste y la parte recurrente tratan de excluir esta doctrina, argumentando que se trata de un criterio que rige cuando se produce una reducción unilateral del salario anterior al despido o cuando hay discrepancias sobre el régimen salarial aplicable, pero sostiene que tal criterio no puede aplicarse cuando el salario a

computar depende de una decisión sobre la clasificación profesional correcta o sobre circunstancias que exceden por su complejidad del objeto propio del proceso de despido. Estos argumentos no pueden aceptarse. En primer lugar, es obvio que no hay ninguna acumulación indebida de acciones. Para ello basta, como dice la sentencia recurrida, examinar el suplico de la demanda, en el que se pide «la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido y que se condene a la demandada, a su opción, a la readmisión en idénticas circunstancias ostentadas o a abonar a la actora una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de antigüedad prorrateándose por meses la fracción del año y equiparándose a mes completo las fracciones inferiores y en todo caso al abono de los salarios dejados de percibir». No se ejercita ninguna acción de clasificación profesional, porque no se pide el reconocimiento a favor de la actora de una categoría profesional superior en virtud del llamado principio de equivalencia función/categoría. Lo que se pide es algo muy distinto en el plano jurídico: que las indemnizaciones por despido se calculen sobre el salario que, en virtud de las normas aplicables, correspondía a las funciones que efectivamente venía desempeñando la trabajadora. Y ésta es una pretensión propia del proceso de despido que ha de resolverse en él. Lo que se produce en estos casos no es una acumulación de acciones, sino la presencia en el orden de las decisiones propio de una controversia por despido de una cuestión prejudicial en la que han de tomarse en cuenta las normas sobre clasificación profesional: tiene que decidirse si, conforme a estas normas, los trabajos realizados son los propios de la categoría reconocida o corresponden a otra categoría con retribución superior. Pero obsérvese que, tal como está planteado el pleito, no se trata de una decisión prejudicial de clasificación, pues no se pide que a efectos del despido se considere que la trabajadora tiene la categoría de encargada; de lo que se trata es de que se tomen las retribuciones de encargada. El problema real podría producirse en relación con la condena a la readmisión –a readmitir como encargada, en este caso–. Pero este problema ya no se plantea en este proceso, porque la condena a la readmisión se ha excluido y el único tema de debate que subsiste es el del cálculo de la indemnización y el de los salarios de tramitación. Ahora bien, aun en el caso de que se tratara de una condena a readmitir como encargada, en la que sí se solaparía una decisión con vigencia futura sobre clasificación profesional, no se estaría ante una acumulación indebida de acciones, sino de una pretensión que ha de ser resuelta sobre el fondo dentro de los límites propios de la condena por despido improcedente; condena que supone la readmisión «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido», es decir, con la categoría de dependienta y las funciones de encargada, si el desarrollo de estas funciones se ha probado y sin perjuicio de que en el

proceso correspondiente pueda instar el reconocimiento de su categoría profesional. El enjuiciamiento a efectos de las indemnizaciones es distinto, porque en ellas no se trata de decidir de presente ni de futuro sobre la categoría de la trabajadora, sino de calcular dentro del despido el importe de las indemnizaciones procedentes no en función de la categoría profesional, sino de los salarios que debió de percibir por el trabajo efectivamente realizado en un efecto que se agota en el proceso de despido. Por otra parte, esta solución no tiene ningún efecto negativo sobre las garantías procesales de las partes, pues en el proceso de despido no hay ninguna restricción de esas garantías, ni existen limitaciones de alegación y prueba respecto a los datos que puedan ser relevantes para pronunciarse sobre los elementos de decisión propios de un despido –trabajo realizado y salario–. La única limitación será la ausencia del informe previsto en el artículo 137.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563) . Pero ello no limita el empleo de otros medios de prueba. La solución de impedir la discusión sobre el salario procedente sí que podría producir consecuencias contrarias a la tutela efectiva o al principio de economía procesal. El trabajador despedido, que no pudiera reivindicar la aplicación en el proceso de despido del salario superior que le corresponde, vería calculadas las indemnizaciones en un salario inferior y cuando tratara de reclamar el cómputo de ese salario en otro proceso, pidiendo las diferencias en la indemnización y los salarios de tramitación, se encontraría con que la sentencia por despido ha producido el efecto negativo de cosa juzgada, como ya declaró nuestra sentencia de 12 de abril de 1993 (RJ 1993, 2922) . Por otra parte, si se admitiera la reclamación de esas diferencias en otro proceso, la solución sería claramente contraria a la economía procesal, pues tendrían que seguirse dos procesos para decidir algo que podría haberse resuelto en el proceso de despido."

De la doctrina expuesta se desprende que con independencia de la reclamación por diferencias salariales derivadas de la realización de funciones de categoría superior que pueda o no instar la trabajadora, a los efectos del procedimiento de despido y para fijar el módulo indemnizatorio, ya sea el del despido improcedente que hemos indicado en el anterior fundamento no corresponde en este caso pues estamos ante un cese válido , o bien el referido a la indemnización por despido objetivo, debe partirse no del salario percibido por la trabajadora sino del que debió percibir por la realización que la Sentencia de instancia considera acreditada de funciones de categoría superior, en concreto de

Como con arreglo al artículo 3.1 del Convenio colectivo de la Entidad demandada, se equipara la estructura retributiva de las retribuciones de los trabajadores afectados por el convenio en todos sus conceptos retributivos y criterios de

aplicación a lo establecido para los funcionarios debe estarse a las retribuciones que para categorías similares se fijan en la Relación de puestos de trabajo de la demandada de personal funcionario, que figura publicada en el BOP , a partir de la cual se aprecia una diferencia mensual entre las categorías de referida a los conceptos de complemento específico y complemento de destino, de euros al mes con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, como afirma la parte actora en su demandada, por lo que el salario postulado en la demanda de euros mensuales, que lo que hace es sumar dicha diferencia mensual al salario que dice percibía la trabajadora de euros que incluso la Sentencia de instancia lo fija en un importe superior, estimamos es ajustado a derecho y se corresponde con la funciones realizadas por la trabajadora en el momento de su cese, siendo así el módulo salarial a efectos indemnizatorios el de euros al día. Estimamos así en parte este motivo de recurso estimando ajustado fijar la indemnización con arreglo tal módulo salarial pero como se ha desestimado el motivo anterior y no se considera estemos ante un despido improcedente, la indemnización a abonar a la trabajadora conforme al referido módulo salarial asciende a 20 días por año de servicio con un máximo de 12 meses, y así en concreto la suma de 28.964,60 euros. Estimamos por ello en parte el recurso formulado por la trabajadora con revocación parcial de la Sentencia recurrida, sin costas derivado de ello y de la condición de la misma de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de Dª. contra la sentencia de fecha dieciocho de febrero del Dos Mil Diecinueve dictada por el Juzgado de lo Social Número 1 de Alicante, en autos número seguidos a instancias de la recurrente frente a la DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ALICANTE sobre DESPIDO, revocamos en parte dicha Sentencia únicamente en lo referido al importe indemnizatorio al que se condena a la demandada, fijando el mismo en la suma de 28.964,60 euros, y manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35**. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

PUBLICACIÓN.- En València, a diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

En la fecha señalada ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en audiencia pública, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.