



Roj: **STSJ AND 13281/2008** - ECLI: **ES:TSJAND:2008:13281**

Id Cendoj: **41091340012008101489**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2008**

Nº de Recurso: **3556/2007**

Nº de Resolución: **2458/2008**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SANCHEZ ANDRADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3556/07 (LC) Sentencia nº 2.458/08

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMA.. SRA.:

DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO, PRESIDENTA

ILTMOS. SRES.:

DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

En Sevilla, a once de julio de dos mil ocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 2.458/08

En el recurso de suplicación interpuesto por Gustavo , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de los de JEREZ DE LA FRONTERA, en sus autos núm. 190/07; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por el recurrente, contra CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN DE LA J.A. Y CONSEJERIA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día diecisiete de mayo de dos mil siete por el referido Juzgado, en la que se estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"1º.- El actor, Gustavo , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , prestaba servicios profesionales, desde el día 1 de octubre de 1987, con la categoría profesional de Auxiliar administrativo, con un salario a efectos de **despido** de 1.605,39 euros mensuales, siendo titular de una plaza de Auxiliar administrativo en el IES Muñoz Seca de El Puerto de Santa María ganada en concurso de traslado entre personal **fijo** de plantilla, convocada por la Orden de 1 de junio de 1992, según sentencia firme e fecha 31 de julio de 1993 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera en los autos número 1140/92.



2º.- El actor inició periodo de incapacidad temporal el día 29 de agosto de 2003, causando alta médica con informe propuesta de incapacidad permanente el día 5 de agosto de 2004, siendo declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en situación de Incapacidad Permanente Absoluta mediante resolución de fecha 10 de septiembre de 2004.

Disconforme con la anterior resolución, presentó reclamación previa y posterior demanda jurisdiccional (autos 1176/04 del Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera) dictándose sentencia firme de fecha 3 de diciembre de 2006, que revocó la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 10 de septiembre de 2004 y dejó sin efectos la Incapacidad Permanente que le había sido reconocida.

3º.- El día 3 enero de 2007 el actor dirigió escrito a la Junta de Andalucía solicitando la reincorporación a su puesto de trabajo. El día 24 y 25 de enero de 2007 el actor acudió a su puesto de trabajo, sin que se le permitiera su incorporación.

4º.- El puesto de trabajo del actor se encuentra cubierto por personal funcionario.

5º.- El actor no ostenta ni ha ostentado ningún cargo representativo ni consta su afiliación.

6º.- Con fecha 31 de enero de 2007, el actor presentó reclamación previa, desestimada por silencio administrativo."

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Disconforme con la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Jerez de la Frontera, de fecha 17 de mayo 2007, estimando parcialmente la acción de **despido** ejercitada por la parte actora, declarando el **despido** improcedente, interpone la misma, recurso de suplicación, por medio de su representación Letrada, con un único motivo, al amparo del artículo 191. c) de la Ley de Procedimiento Laboral, LPL, invocando la infracción del artº. 55. 5 del Estatuto de los Trabajadores, ET, artº. 108 de la LPL y artº. 23.2 de la CE, entendiendo que el **despido** debió ser declarado nulo, ya que ganó la plaza de Auxiliar Administrativo en el IES Muñoz Seca del Puerto de Santa María, mediante concurso de traslado entre personal **fijo** de la Junta de Andalucía, por lo que siendo un derecho que le acompaña durante toda su vida laboral, fue despojado del mismo, sin causa objetiva alguna, negándole su reincorporación, creando una situación extintiva de facto.

Cuando el trabajador invoca que la decisión extintiva tiene carácter discriminatorio por vulneración de un derecho fundamental, generando una sospecha o presunción a favor de tal alegato, corresponde al empresario acreditar lo adecuado de su decisión y que la misma no comporta violación de los derechos fundamentales. No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, debiendo los órganos de la jurisdicción social alcanzar y expresar la convicción de ser el **despido** enteramente extraño a una conducta discriminatoria, de modo que pueda estimarse que el **despido** en todo caso habría tenido lugar verosímelmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial, en el mismo sentido, la nueva redacción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, desde ahora ET, establece que "Será nulo el **despido** que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, STC. 266/1993, de 20 de septiembre, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una "prueba verosímil", STC. 207/2001, de 22 de octubre, o "principio de prueba" revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación, STC. 308/2000, de 18 de diciembre y para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que se demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el **despido** es ajeno a un motivo discriminatorio, STC. 41/2002, de 25 de febrero, pero para llegar a este supuesto, debemos partir previamente de la existencia del derecho fundamental que se invoca como infringido o mejor dicho, si la invocación de tal derecho fundamental, es aplicable al hecho en cuestión, cuando de lo que aquí



se trata es de la aplicación al personal contratado laboralmente, de los derechos que abarca el artº. 23.2 de la CE y la respuesta debe ser negativa, habiendo declarado el Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Auto núm. 298/1996 de 16 octubre, Recurso de Amparo núm. 2089/1995 y demás resoluciones del mismo que allí se citan, desde la STC 23/1984 , que el núcleo primario del art. 23.2 CE viene referido a los cargos electivos y, más específicamente, a los de representación genuinamente política. No obstante, y en virtud del binomio cargos/funciones públicas, ha subsumido igualmente en aquel precepto el acceso a las "funciones públicas" en condiciones de igualdad, de suerte que la protección constitucional (el que constitucionalmente puede caracterizarse como status constitucional del cargo funcional), se localiza, en esta segunda vertiente, en la identificación de aquellas tareas, cometidos o funciones realizadas por personal que ostenta la condición de funcionario público y participa en los procesos de formación o manifestación de decisiones imputables a un ente público, aun cuando, en todo caso, y como verdadera pieza de toque de aquel status constitucional, desde la estricta óptica del principio de igualdad, en su concreción del artº. 23.2 CE , de preferente aplicación sobre el más genérico del art. 14 CE ; igualdad que, en su acepción primaria, proscribiera ya la erección de requisitos que traduzcan desigualdades arbitrarias, ya la fijación de reglas y condiciones rectoras del acceso de las que en modo alguno puedan predicarse las notas de generalidad y abstracción, por implicar, en virtud de su individualización y concreción, verdaderas acepciones o, a sensu contrario, pretericiones ad personam. A su vez, y como corolario del sistema, el artº. 23.2 CE despliega su virtualidad no sólo en el momento de acceso sino, asimismo, en el del desarrollo de la correspondiente función pública, esto es, que el ámbito que diseña aquel precepto se contrae tanto al acceso como a la permanencia en la función pública.

El descrito panorama exige una ulterior pormenorización. Las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artº. 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artº. 103.3 CE , esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración (entendida esta expresión en un sentido lato, en cuanto comprensiva de cualquier organización medial o servicial, y no constreñida sólo a sus manifestaciones personificadas) mediante una relación de servicios de carácter estatutario, es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente. De suerte que, en esta caracterización, resultaría excluido, a efectos de la protección constitucional, el personal laboral al servicio de la Administración, por lo que no infringido precepto constitucional alguno, ninguna prueba en tal sentido deberá desplegar la administración empleadora, sin que por otro lado el principio de igualdad estricto sensu, se haya invocado, ni tampoco parámetros comparativos, de los que pudiera tan siquiera indiciariamente, contemplarse la infracción de precepto constitucional alguno.

Aun quedando acreditado que no se infringe precepto constitucional alguno, no quiere decir que con su examen se agota toda la secuencia que se examina, respecto al comportamiento de la Empleadora de no atender al llamamiento de incorporación que el actor hizo, una vez firme la sentencia que le declaró no afecto de invalidez, desatención que supuso un **despido** que ha sido declarado improcedente.

En el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, **EBEP**, de 25 de abril 2005, apartado XII, dedicado a la extinción de la relación de empleo público, nº 64, recomendaba la supresión del **despido** improcedente, razonando su propuesta en que la Administración no es un empresario privado sino que tiene un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, por lo que no se aviene a esta premisa la facultad de despedir cuando no existe una causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el **despido** improcedente puede volatilizar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, pues bastaría despedir al seleccionado en función de estos principios sin una causa legal para burlar esa garantía, pues celebrado un contrato válido, sólo debe caber el **despido** causal o procedente en el ámbito del empleo público, en los supuestos previstos en el ET y aunque la solución que adoptó el legislador parece no seguir al pie de la letra la sugerencia, al transcribir matizadamente la recomendación, estableciendo en el artº. 96. 2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del **EBEP** , BOE de 13 de abril, para el personal laboral **fijo**, la obligación de readmisión y tal readmisión tan solo la contempla para el caso de incoación de expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave, según lo razonado y lo dispuesto en su artº. 1º.3. b), del **EBEP** , la igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional, dicha garantía debe extenderse a todos los **despidos** sin causa y por tanto, arbitrarios, arbitrariedad cuya interdicción de los poderes públicos, proscribiera y proclama el artº. 9.3 CE , procediendo por todo ello, la estimación parcial del motivo y del recurso, aunque por otras razones, con revocación de la sentencia de instancia, sin modificar la declaración de improcedencia del **despido**, con obligación de readmisión por parte de la condenada, sin derecho a opción, manteniendo en el resto la sentencia recurrida.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO



Que debemos estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de D. Gustavo , contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Jerez de la Frontera, de 17 de mayo 2007 , recaída en los autos promovidos por el mismo, por **Despido**, debiendo revocar parcialmente la resolución recurrida, sin modificar la declaración de improcedencia del **despido**, con obligación de readmisión por parte de la condenada, sin derecho a opción, manteniendo en el resto la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que contra la misma cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así que como transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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