



Roj: **STSJ AND 546/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:546**

Id Cendoj: **29067340012017100104**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2017**

Nº de Recurso: **1827/2016**

Nº de Resolución: **28/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

### **SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA**

N.I.G.: 2906744S20150012258

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 1827/2016

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº2 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 930/2015

Recurrente: Nemesio

Representante: JUAN JESUS BUENO HIJANO

Recurrido: AYUNTAMIENTO DE MARBELLA

Representante: FRANCISCO JUAN ARTACHO SANCHEZ

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,**

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO**

En la ciudad de Málaga a once de enero de dos mil diecisiete.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

#### **EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

#### **SENTENCIA 28/17**

En el recurso de Suplicación interpuesto por Nemesio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Málaga, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Que según consta en autos se presentó demanda por Nemesio sobre despido siendo demandado el Ayuntamiento de Marbella habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 21 de junio de 2016 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO:** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:



PRIMERO.- D. Nemesio , con DNI nº NUM000 , comenzó a prestar sus servicios para la corporación municipal demandada el 31/03/15 mediante contrato temporal (eventual por circunstancias de la producción con la siguiente cláusula específica: " *Atender a las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en realizar las tareas de operario para la limpieza y recogida de residuos sólidos urbanos en el término municipal, acumulación de tareas que se produce por la concesión a los operarios del Equipo de licencias para atender las necesidades del servicio, que se ven incrementadas con motivo de la Semana Santa y el inicio de la temporada estival, lo que produce una acumulación de tareas a las que no se puede hacer frente con el personal existente, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En caso de que se concierte por un plazo inferior a la duración máxima legal o convencionalmente establecida podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder dicha duración máxima ( Art. 15 del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 )*" (f. 37-39).

SEGUNDO.- La categoría profesional del actor era la de operario y percibiendo una retribución mensual de 2.184,97 € (f. 121).

TERCERO.- El 30/06/15 finalizó el contrato antes referido y el 11/7/15 suscribe nuevo contrato temporal, con duración hasta el 10/10/2015, con la siguiente cláusula específica: " *Atender a las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en realizar las tareas de operario para la limpieza y recogida de residuos sólidos urbanos en el término municipal, acumulación de tareas que se producen por la concesión a los operarios del Equipo de licencias para atender las necesidades del servicio, que se ven incrementadas con motivo de la Semana Santa y el inicio de la temporada estival, lo que produce una acumulación de tareas a las que no se puede hacer frente con el personal existente, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.*

*El presente contrato se suscribe para cubrir necesidades urgentes e inaplazables en consonancia con lo establecido en el art. 21.dos de la Ley 36/2014 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, además de ser un servicio que debe prestar el Ayuntamiento con carácter obligatorio conforme a Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local "*

CUARTO.- El 10/10/2015 la demandada comunicó al actor la finalización del contrato suscrito (f. 68).

QUINTO.- En los periodos de Semana Santa, Verano y Navidad se produce un aumento de las necesidades del servicio de limpieza pública en la ciudad de Marbella, motivado por la mayor asistencia de visitantes en esas fechas.

SEXTO.- En el Ayuntamiento de Marbella existe una bolsa de trabajo para contratos eventuales, en la que está incluido el hoy actor, que había prestado servicios anteriores en las fechas que constan en el folio 28 de los autos que se da por reproducido en aras a la brevedad.

Consecuencia de ello, el trabajador, desde el año 2009, prestó servicios para la corporación demandada, anteriores al contrato de 31-03-2015, en los periodos siguientes:

De 8-07-2009 al 6-02-2013 (contrato de relevo a tiempo parcial).

De 25-02-2013 al 11-05-2014 (contrato de relevo a tiempo parcial).

De 5-07-2014 al 30-09-2014 (Eventual por circunstancias de la producción).

SÉPTIMO.- Figura agotada la vía administrativa previa.

OCTAVO.- El 3/12/2015 tuvo entrada en el Juzgado Decano la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia estimando íntegramente la demanda, declarando que el cese de la relación laboral del actor constituye un despido improcedente, y declarando su derecho a ejercitar la opción entre la readmisión en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación o la extinción de la relación laboral con derecho al percibo de la indemnización legal, teniendo por ejercitada la opción del trabajador por la readmisión en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir hasta su efectiva reincorporación.

**TERCERO:** Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte actora, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS



**PRIMERO:** La sentencia de instancia desestima la demanda sobre despido promovida por el actor y declara la extinción del contrato de trabajo suscrito entre las partes por finalización del término pactado en el mismo, absolviendo al Ayuntamiento demandado de las pretensiones deducidas en la demanda. Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación el demandante, formulando un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar una redacción alternativa del hecho probado tercero de la sentencia recurrida, el cual quedaría del siguiente tenor literal: "El 30 de junio de 2015 finalizó el contrato antes referido y el 11 de julio de 2015 se suscribe un nuevo contrato temporal, con duración hasta el 10 de octubre de 2015 con la siguiente cláusula específica: "Atender a las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en realizar las tareas de operario para la limpieza y recogida de residuos sólidos urbanos en el término municipal; contratación que se efectúa como excepcionalidad por acumulación de tareas que se producen por el disfrute de las vacaciones, compensaciones y asuntos propios del personal durante 2015 y el inicio de la temporada estival, para garantizar el debido estado de limpieza en el término municipal, que no podría llevarse a cabo con el personal existente, aún tratándose de la actividad normal de la empresa".

Debe estimarse la modificación fáctica solicitada, pues la misma encuentra debido apoyo en la prueba documental obrante en las actuaciones, concretamente en el contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción suscrito por las partes con fecha 11 de julio de 2015 (folios 40 a 42 de los autos).

**SEGUNDO:** Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se formula el segundo motivo de recurso para denunciar la infracción del artículo 15.1.b) y c) y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores. Razona en su alegato, en esencia, que la contratación temporal efectuada no se amoldó a las circunstancias realmente concurrentes y a los cauces legales estipulados para cada modalidad de contrato temporal, cuando la contratación del actor durante el año 2015 respondió en realidad a suplir un déficit estructural de plantilla en la demandada y a la cobertura de personal con derecho a reserva de su puesto durante vacaciones, licencias y permisos varios.

Ahora bien, tal y como indicamos en nuestra reciente sentencia de 15.09.2015 -recurso de suplicación 1183/2016 - al tiempo de resolver una controversia idéntica a la aquí planteada, en relación otro empleado de la demandada contratado y cesado al unísono que los ahora actores, resulta de inicio reseñable en la resolución del motivo es que la parte recurrente sustenta el mismo en extremos fácticos que carecen de refrendo alguno en los inalterados hechos probados de la sentencia, cuya modificación ni siquiera interesó por vía de recurso. Y con arreglo a los mismos, tal y como así recalca explícitamente la sentencia recurrida -las consideraciones efectuadas al final del fundamento de derecho segundo son claras sobre el particular- la contratación temporal de los actores, que además tuvo lugar por vía de llamamiento a los inscritos en la correspondiente bolsa de trabajo temporal, vino determinada primera y prioritariamente por la necesidad temporal de fuerza de trabajo que concurre en el municipio de Marbella durante las temporadas de Semana Santa y de vacaciones de verano -hecho probado cuarto-, por la mayor y gran afluencia de habitantes y visitantes que determinan que temporalmente se haga precisa una mayor cantidad de operarios de limpieza, motivo éste que determinó la contratación temporal ahora contrariada.

Junto a lo anterior, y a más, cabe reseñar que la sentencia guarda completo silencio en orden al alegato prioritariamente esgrimido por los actores para sustentar el fraude contractual denunciado, así que la contratación temporal de los actores fuera para suplir a operarios del servicio que disfrutaban en tales períodos de sus períodos de vacaciones y/o licencias, lo que de cualquier modo tampoco sería motivo significativo alguno del que extraer el fraude en la contratación temporal efectuada, cuando *la doctrina jurisprudencial en la materia - sentencia del Tribunal Supremo de 12.06.2012, por todas- ha dictaminado que "...las vacaciones anuales no configuran el presupuesto de la interinidad por sustitución..."*, pudiéndose en tales supuestos acudir a la contratación eventual ahora discutida.

**TERCERO:** Aparte de lo expuesto ha de tenerse presente que el fraude en la contratación temporal no se presume, correspondiendo a quien lo alega acreditarlo, debiendo así probar la demandante los aspectos de falta de adecuación a la normativa que los rige, o la falta de causa que justifique su temporalidad.

Por el contrario, del inalterado relato de hechos probados de la sentencia resultan indicios claros de los que inferir que la contratación se efectuó entre las partes desde el comienzo de la relación laboral de manera escrita, plasmada en los contratos de trabajo aportados por ambas partes y que la sentencia recoge en su apartado de hechos probados. Junto a ello, los hechos probados de la sentencia presentan visos ciertos de los que entender que la causa de la temporalidad era cierta y real, y además sobradamente conocida por el trabajador, por lo que aún cuando en un plano puramente hipotético pudiera llegar a afirmarse que tal causa no venía de manera pormenorizada reflejada en los contratos, o que no era del todo idónea para sustentar el mismo -por ser más adecuada otra fórmula de contratación temporal-, lo cierto es que constan datos objetivos en las actuaciones de los que inferir que los contratos respondieron efectivamente a necesidades temporales



y transitorias de la empresa de mano de obra, necesidades éstas cuya finalización justificaron las sucesivas extinciones contractuales habidas hasta la última de 10.10.2015, lo que encuentra plena cabida y cobijo en las circunstancias que legitiman la fórmula contractual temporal empleada.

Y es por ello por lo que comparte la Sala el criterio del Juzgado en el sentido de entender que las causas de la contratación temporal fueron ciertas y reales, sin que además mediaran eventuales irregularidades al tiempo de detallar las mismas, que en cualquier caso no podrían por sí y sin más detonar la ilicitud e indefinición de la relación laboral concertada.

**CUARTO:** Llegados a tal extremo, la Sala debe abordar las consecuencias naturales de la extinción, conforme a derecho, del contrato temporal suscrito por los actores que, de conformidad con el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores sería de una cantidad equivalente a doce días de salario por año de servicio trabajado.

Y para dar respuesta a dicho interrogante, se debe recordar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en su reciente sentencia de 14.09.2016 (asunto C- 596/14 , De **Diego Porras**) en donde, respondiendo a cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid, declara que " *La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización* ".

La primera cuestión que se plantea la Sala es si de oficio -pues nada consta en la demanda rectora de autos ni en el escrito de interposición del recurso de suplicación- este Tribunal puede abordar las consecuencias indemnizatorias derivadas de la válida extinción de un contrato de trabajo temporal en el marco de la modalidad procesal por despido. Y la respuesta debe ser positiva siguiendo la doctrina del TS contenida en sus sentencias de 13.01.2014 y 06.10.2015 , en donde proclama con claridad que " *Cabe no obstante entender que, en los supuestos en el que trabajador impugna un pretendido despido objetivo por alegada nulidad o improcedencia, -en el presente caso la extinción por amortización de la plaza es por causas objetivas, aunque no se entienda necesario acudir a los procedimientos de los arts. 51 o 52 ET -, como demuestra la práctica y es dable deducir de las normas sustantivas y procesales aplicables, no es necesario que se tenga que instar expresamente en la demanda la pretensión concreta de una específica indemnización. Si la sentencia declara la procedencia del despido, el reconocimiento al demandante del derecho a la indemnización no entregada o a las diferencias -o la declaración de que el demandante hace suya la indemnización percibida- es una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de nulidad o de improcedencia. En consecuencia, si en la demanda la trabajadora impugnaba expresamente como no ajustada a derecho la extinción de su contrato de trabajo y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma, no cabe ignorar que en esa pretensión se contenía la que pudiera corresponder con cualquier indemnización que tuviese por objeto reparar indemnizatoriamente la extinción del contrato en la forma que la norma determinase, como es el caso, y en la forma que se acaba de razonar* ".

Y en la reciente sentencia de 04.02.2016 , para el caso de un trabajador temporal de las Administraciones públicas cuya plaza se ocupó tras la cobertura de la misma por el procedimiento reglamentario, después de desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina " *desde el momento en que el cese se ajustó a derecho y esa decisión no constituyó despido* ", añade que " *si bien procede establecer como consecuencia de ese cese la indemnización legalmente prevista de ocho días por cada año de servicio prestado por el demandante, en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 49.1 c) y en la manera que se establece en Disposición Transitoria 13ª del Estatuto de los Trabajadores en la redacción vigente a la fecha de extinción de contrato* "

Pero también otras razones avalan dicha tesis:

- El artículo 74 de la LRJS establece que " *Los jueces y tribunales del orden social (...) interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso social ordinario según los principios de inmediatez, oralidad, concentración y celeridad* ", indicando en el número siguiente que dichos principios también " *orientarán la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales reguladas en la presente Ley* ", esto es, en la modalidad por despido, que es la que ahora tratamos. Y la aplicación del principio de concentración conduce a la conclusión de que en la modalidad por despido, declarada judicialmente la procedencia de la extinción del contrato temporal por concurrir válida causa, deben analizarse las consecuencias naturales de dicha extinción, a saber, las indemnizatorias que correspondan pues obligar al trabajador a acudir a un proceso distinto para su determinación, pudiendo hacerse en el de despido al contar con los presupuestos fácticos





para ello (no se olvide que los parámetros para su cuantificación, que pivotan sobre el salario y la antigüedad deben haber quedado fijados en la sentencia por despido), supondría una carga temporal y económica para el trabajador contraria a los principios descritos, a los que podríamos añadir el de celeridad, de especial vigor en el proceso laboral.

- El principio general del derecho de que " *quien pide lo más, pide lo menos* ", aplicable al proceso laboral (sentencia del TS de 31.10.2003), de manera que tal principio puede tener reflejo en la modalidad por despido afirmando que quien pide la indemnización de 45/33 días de servicios (según la fecha del inicio de la relación de trabajo y la de su extinción por despido) está pidiendo la indemnización que corresponda (inferior) por la válida extinción de su contrato [artículo 49.1 c)].

En definitiva, resolver sobre la indemnización que pueda corresponder al trabajador cuyo contrato temporal se ha visto válidamente extinguido en el marco de un proceso por despido, al parecer de esta Sala, no supone vulneración del principio de congruencia que debe regir entre las pretensiones de las partes y la respuesta judicial, proclamado en el artículo 218 de la LEC, puesto que fijar la indemnización correspondiente a dicha extinción no altera esencialmente la naturaleza de la acción ni modifica los términos del debate.

Pudiera argumentarse en sentido contrario a dicha tesis que el análisis de la indemnización conforme a la doctrina contenida en la sentencia De **Diego Porras** antes citada podría alterar los términos del debate, con posible indefensión a la demandada pues una cosa es la indemnización de 12 días de salario por año de servicio a que se refiere el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y otra distinta el debate sobre la ampliación de dicha indemnización hasta equipararla a la de un trabajador indefinido (20 días de salario por año de servicio) y su repercusión a otros contratos distintos del analizado en la sentencia del TJUE, que examinaba el supuesto de un contrato de interinidad válidamente extinguido. Pero es que la sentencia del TJUE no ha creado nuevo derecho hasta entonces inexistente, sino que lo que ha hecho ha sido evidenciar el trato desigual por lo que, el análisis de la indemnización que corresponda por la válida extinción del contrato temporal deberá ser objeto de respuesta judicial salvando el trato desigual y discriminatorio respecto de un trabajador fijo comparable.

Por último, en idéntico sentido se han pronunciado los TSJ de Madrid y País Vasco en sus sentencias de 05/10/2016 (Recurso 246/2014) proceso en el cual se planteó la cuestión prejudicial reseñada al inicio del presente razonamiento, y 18/10/2016 (Recurso 1969/2016) -Fundamento de Derecho Séptimo-.

**QUINTO:** Los interrogantes que deben ser analizados a continuación son los siguientes:

a) Si la doctrina del TJUE contenida en la sentencia De **Diego Porras** debe ser aplicada a todos los contratos temporales (de duración determinada, en terminología de la Directiva 1999/70) y, en lo que ahora nos interesa, al contrato temporal eventual por acumulación de tareas, que es el que ha dado cobertura a la relación entre las partes ahora contendientes o, si por el contrario, la doctrina del TJUE únicamente debe aplicarse a los contratos de interinidad, que fue el que expresamente motivó la respuesta del TJUE en la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Madrid.

b) Comparación de la situación del trabajador aquí demandante con otro trabajador fijo, puesto que si las funciones desempeñadas por el trabajador en el marco del contrato temporal eventual no se corresponden a las de los trabajadores fijos, no nos encontraríamos ante situaciones comparables a los efectos de aplicar la doctrina del TJUE.

En relación a la primera cuestión, y dando por sentada la eficacia vertical de la Directiva 1999/70, tal y como ya ha declarado el propio TJUE en anteriores resoluciones (sentencias de 12 de diciembre de 2013, Caso Tarratú, y 15 de abril, de 2008, C-268/06) por el carácter incondicional y suficientemente preciso para poder ser invocada por un particular ante los Tribunales nacionales, el contenido de la sentencia es claro y no deja margen de duda: a la primera pregunta proclama que la Cláusula 4 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada " *debe interpretarse en el sentido de que el concepto de condiciones de trabajo incluye la indemnización que el empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada* ", de manera que ésta es una asimilación que alcanza a todos los temporales y no únicamente a los supuestos de interinidad (modalidad que se analizaba en el pleito en cuyo seno se planteó la cuestión prejudicial).

A tal conclusión se llega tras conjugar la " *declaración* " o respuesta de la sentencia (si se quiere, su parte dispositiva) con los párrafos 41 y 45 de la misma pues en el primero de ellos razona el TJUE que " *... la diferencia de trato alegada, relativa a la concesión de una indemnización por finalización del contrato de trabajo, sería contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco salvo el supuesto de que las funciones desempeñadas por un trabajador como la recurrente en el litigio principal en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no se correspondieran a las de los trabajadores fijos, dado que dicha diferencia de*



*trato estaría vinculada a situaciones diferentes ". Y en el segundo, que "... debe entenderse que el concepto de razones objetivas (...) no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo ".*

En definitiva, al estar referida la respuesta del TJUE a todos los contratos temporales, nos encontramos ante un " *acto claro* " a efectos de excluir la necesidad del planteamiento de nueva cuestión prejudicial debido a la imposibilidad de realizar una " *interpretación conforme* " para supuestos como el que ahora se analiza, es decir, la extinción del contrato temporal eventual válidamente celebrado al venir fijada por la norma nacional [ artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores ] una indemnización de 12 días de salario por año de servicio.

Además, la definición que hace el Acuerdo marco sobre el concepto de " *trabajador temporal* " es clara: " *trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato o de la relación de trabajo viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado* ", en cuyo concepto se incardina, claramente, el contrato temporal eventual celebrado por entre la Ciudad Autónoma de Melilla y la trabajadora recurrente, en el que, para atender la " *necesidad temporal de personal a consecuencia del aumento del administrados que demandan ayudas de servicios sociales afectados por la crisis* " se fija como fecha cierta de finalización de la relación de trabajo el día " *20 de enero de 2.015* ".

Pero es que, además, la extinción de la relación de trabajo de la recurrente se produce por una causa estructuralmente análoga a las descritas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (productivas y organizativas), independientes de la voluntad del trabajador y que podrían sustentar la extinción de otras relaciones de trabajo de carácter fijo con derecho al percibo de la correspondiente indemnización, de donde se extrae la conclusión de que no concurren datos objetivos y transparentes para justificar la extinción del contrato eventual con una indemnización de 12 días de salario por año de servicio, mientras que la extinción por causas objetivas de un trabajador fijo comparable llevaría aparejada una indemnización de 20 días de salario por año de servicio pues, según la sentencia del TJUE, no es justificación objetiva del trato desigual " *el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo* ".

Y en relación al segundo interrogante, pocas dudas le surgen a la Sala puesto que las labores desempeñadas por los trabajadores recurrentes, en atención a la naturaleza de la actividad desarrollada, son plenamente equiparables al resto de trabajadores fijos que desarrollan semejante actividad para la misma Administración demandada.

En atención a lo razonado y el efecto vinculante de las sentencias del TJUE (primacía de la jurisprudencia comunitaria al resolver cuestiones prejudiciales - art. 234, del Tratado de la CE -, prevalencia del derecho de la UE frente al interno y la obligación que asume el "Juez nacional", de aplicar ese derecho), al no concurrir causa objetiva que justifique el trato desigual a los efectos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo eventual de la parte aquí recurrente respecto de un trabajador fijo comparable de la misma entidad demandada, la Sala, desestimando la pretensión de declaración de nulidad o improcedencia del cese de la actora, cuya válida extinción proclamada por la sentencia de instancia es mantenida por la presente resolución, ha no obstante de declarar el derecho de la parte actora al percibo de una indemnización por finalización de su contrato por importe de 20 días de salario por año de servicio realizado, de la cual se habrá de descontar -caso de haberse percibido efectivamente la misma por los trabajadores- la prevenida en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores de 12 días de salario por año de servicio. Debe reseñarse que así se ha pronunciado esta Sala en sus recientes sentencias de fecha 16 de noviembre de 2016 , dictadas en supuestos exactamente iguales al de autos.

Vistos los preceptos citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que debemos **estimar y estimamos parcialmente** el recurso de suplicación interpuesto por Don Nemesio contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Málaga de fecha 21 de junio de 2016 , dictada en autos sobre despido seguidos a instancias del indicado recurrente contra el Ayuntamiento de Marbella, revocándola en parte a los exclusivos efectos de declarar el derecho de la parte actora al percibo de una indemnización por finalización de su contrato por importe de 20 días de salario por año de servicio realizado (838,07 €), de la cual se habrá de descontar -caso de haberse percibido efectivamente la misma por los trabajadores- la prevenida en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores de 12 días de salario por año de servicio, a cuyo abono condenamos al Ayuntamiento demandado.



Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

Adviértase a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones:

- La suma de 600 € en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº **2928-0000-66-1827-16** de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga.

- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad en la c/c número 2928 del Banco Santander, a nombre de esta Sala de lo Social con el título cuenta de depósitos y consignaciones, al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; o realizar transferencia a la cuenta ES55-0049-3569-92-0005001274, haciendo constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928-0000-66-1827-16 .

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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