



Roj: **STSJ AND 9650/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:9650**

Id Cendoj: **29067340012017101025**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2017**

Nº de Recurso: **993/2017**

Nº de Resolución: **1328/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS BARRAGAN MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

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

**Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16**

N.I.G.: 2906744S20160002317

Negociado: **JL**

**Recurso: Recursos de Suplicación 993/2017**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº2 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 161/2016

Recurrente: Simón

Representante: ALEJANDRO OCAÑA FERNANDEZ

Recurrido: AYUNTAMIENTO DE MARBELLA

Representante: MARIA ROSARIO FERNANDEZ GERSOL

**Sentencia Nº 1328/17**

**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 doce de julio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número dos de Málaga, de 22 de diciembre de 2016, en el que han intervenido como recurrente DON Simón, dirigido técnicamente por el letrado don Alejandro Ocaña Fernández, y como recurrido AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, dirigido técnicamente por la letrada doña María Rosario Fernández Gersol.

Ha sido Ponente JOSE LUIS BARRAGAN MORALES.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El 22 de febrero de 2016 don Simón presentó demanda contra Ayuntamiento de Marbella, en la que suplicaba que se declarase que su cese de 20 de enero de 2016 era constitutivo de despido improcedente.



**SEGUNDO:** La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número dos de Málaga, incoándose el correspondiente proceso de despido con el número 161-16, en el que una vez admitida a trámite por decreto de 10 de marzo de 2016, se celebraron los actos de conciliación y juicio el 22 de noviembre de 2016.

**TERCERO:** El 22 de diciembre de 2016 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <Que desestimando la demanda por despido interpuesta por D. Simón contra Ayuntamiento de Marbella, debo absolver y absuelvo a la corporación municipal demandada de las pretensiones deducidas en su contra por la demanda actora>.

**CUARTO:** En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

Primero.- D. Simón , con DNI nº NUM000 , comenzó a prestar servicios para el Ayuntamiento de Marbella el 05/03/2012 con la categoría profesional de oficial mecánico (nivel 14) y percibiendo una retribución mensual de 1.704, 61 euros, incluido el prorrateo de gratificaciones extraordinarias (f.131 y ss.).

Segundo.- La relación laboral se formalizó mediante contrato de relevo a tiempo parcial (75% de la jornada) para sustitución del trabajador D. Simón (operario nivel 14), que pasó a la situación de jubilación parcial (f. 175-180), con duración hasta el 20/01/16.

Tercero.- Con fecha 20/01/16 se notificó al actor su cese por finalización de contrato con efecto desde el 21/01/2016 (f. 4 y 182).

Cuarto.- El trabajador relevado nació el NUM001 /1951 y su profesión operario (nivel 14).

Quinto.- En el momento del cese, el actor percibió la indemnización de 1.714, 71 euros. (f. 173).

Sexto.- Figura agotada la vía administrativa previa (f.5 y ss.).

Séptimo.- El 04/03/2016 tuvo entrada en este Juzgado la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia por la que se estime esta demanda y se declare la nulidad o, en su caso, la improcedencia del despido, con los demás efectos oportunos.

**QUINTO:** El 27 de diciembre de 2016 el demandante anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por el Ayuntamiento demandado, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

**SEXTO:** El 11 de mayo de 2017 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 12 de julio de 2017.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** El demandante fue cesado el 21 de enero de 2016. En la demanda se impugnó ese cese solicitando se declarase constitutivo de despido nulo o, en su caso, improcedente. La sentencia del Juzgado de lo Social ha desestimado la demanda. En el recurso de suplicación se reitera lo solicitado en la demanda y, en su caso, se solicita que el importe de la indemnización se calcule a razón de veinte días de salario por año de antigüedad.

**SEGUNDO:** Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurso denuncia infracción del artículo 15.3, en relación con los apartados 6 y 7 del artículo 12, del Estatuto de los Trabajadores , ya que el contrato de relevo exige que la duración de la jornada laboral sea como mínimo igual a la reducción de jornada acordada para el trabajador sustituido, y deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos. Asimismo, con carácter subsidiario, denuncia infracción del artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores , por entender que, con motivo de la extinción de su relación laboral se le debió haber abonado una indemnización de veinte días de salario por año de antigüedad, citando en apoyo de su tesis la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 2016 -recurso 1515/2016 -.

Ayuntamiento de Marbella impugna el recurso de suplicación alegando que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda, no ha incurrido en la infracción legal denunciada, resaltando que al no haberse solicitado modificación del apartado de hechos probados no podrá prosperar la denuncia de infracción jurídica, remitiéndose en cualquier caso al contenido del segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida. Por otro lado, solicita la desestimación del segundo motivo de suplicación, al considerar que al contrato de relevo no le es de aplicación la doctrina jurisprudencial relativa a los contratos de interinidad.

La sentencia recurrida, en su segundo fundamento de derecho, razona que los presupuestos fácticos en los que la demanda basaba la declaración de despido improcedente del cese del demandante, a saber, que el trabajador sustituido hubiera cumplido una prestación de servicios del 25%; que el demandante prestó servicios en un centro de trabajo distinto; que su categoría profesional era distinta a la del trabajador sustituido, y que realizó un exceso de jornada de forma permanente. Y que no han quedado probados el primero y el cuarto de dichos presupuestos fácticos, siendo intrascendentes los otros dos, al desempeñar una categoría profesional con un nivel igual a la del trabajador sustituido, razón por la cual desestima la demanda.



**TERCERO:** El primero de los motivos del recurso de suplicación se basa en presupuestos fácticos que no aparecen reflejados en el apartado de hechos probados, sin haber solicitado modificación del mismo. Por ello, la Sala concluye que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda, haya infringido los artículos 12.6, 12.7 y 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, con lo que desestima de plano el primero de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

**CUARTO:** Para resolver el segundo motivo de suplicación, la Sala reitera los razonamientos contenidos en las sentencias de 16 de noviembre de 2016, en los Rollos de Suplicación 1411/2016 y 1568/2016:

<...Se debe traer a colación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en su reciente sentencia de 14 de setiembre de 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 de enero de 2014 [ROJ: STS 443/2014] y 6 de octubre de 2015 [ROJ: STS 4420/2015], en donde proclama con claridad lo siguiente: <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 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016 [ROJ: STS 744/2016], 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 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que <los jueces y tribunales del orden social (...) interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso social ordinario según los principios de inmediación, 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 de octubre de 2003 [ROJ: STS 6797/2003]-, 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, establecida en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores .

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 Ley de Enjuiciamiento Civil , 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 al Ayuntamiento demandado 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, en su sentencia de 5 de octubre de 2016 [ROJ: STSJ MAD 8982/2016 ], dictada en el proceso en el cual se planteó la cuestión prejudicial reseñada al inicio del presente razonamiento, y del País Vasco en su sentencia de 18 de octubre de 2016 -recurso 1969/2016 ->.

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, a los contratos temporales eventuales por acumulación de tareas, que han dado cobertura a la relación entre los demandantes y el Ayuntamiento de Marbella 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 Tribunal Superior de Justicia de Madrid. b) Comparación de la situación de los trabajadores demandantes con otro trabajador fijo, puesto que si las funciones desempeñadas por los trabajadores en el marco de los contratos temporales eventuales no se correspondiesen con 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 aquella 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 incardinan, claramente, los contratos temporales eventuales celebrados entre el Ayuntamiento de Marbella y los trabajadores recurrentes, en los que se señala como causa <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 el año 2015 y el inicio de la temporada estival, para garantizar el debido estado de limpieza en el término municipal con el personal existente, aun tratándose de la actividad laboral de la empresa>; y se fija como fecha cierta de finalización de la relación de trabajo el día <10 de octubre de 2015>.

Pero es que, además, la extinción de la relación de trabajo de los recurrentes 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 de los trabajadores 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 del trabajador fijo 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 aquella 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 en el Ayuntamiento de Marbella son plenamente equiparables a las del resto de trabajadores fijos que desarrollan su actividad en la recogida de residuos sólidos urbanos>.

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 del recurrente (trabajador con contrato de relevo) respecto de un trabajador fijo comparable del Ayuntamiento de Marbella, la Sala declara el derecho del trabajador recurrente al percibo de una indemnización por finalización de su contrato por importe de 20 días de salario por año de servicio realizado, computándose a tales efectos desde el inicio hasta la finalización de la relación -5 de marzo de 2012 a 21 de junio de 2016-.

Dicha indemnización, sobre un salario indiscutido para el trabajador de 1.704, 61 euros mensuales con prorrata de pagas extraordinarias -hecho probado primero-, debe calcularse sobre la base de un salario diario con prorrata de pagas extraordinarias de 56, 04 euros, con lo que alcanza un montante total de 4.856, 80 euros. Como en el hecho probado quinto consta que el demandante percibió una indemnización de 1.714, 71 euros, el Ayuntamiento demandado deberá abonar al demandante, en concepto de diferencias en la indemnización por la terminación del contrato temporal, 3.142, 09 euros.

Por ello, la Sala estima el segundo de los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

## FALLO

I.- Se **estima** el recurso de suplicación interpuesto por DON Simón y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Málaga, de 22 de diciembre de 2016 dictada en el procedimiento 161/16



II.- En su lugar, se estima parcialmente la demanda formulada por don Simón frente a Ayuntamiento de Marbella, y

1.- Se declara que el cese del demandante el 21 de junio de 2016 no es constitutivo de despido improcedente sino válida terminación del contrato de relevo concertado.

2.- Se condena a Ayuntamiento de Marbella a abonar a don Simón , en concepto de diferencias en la indemnización correspondiente a la extinción de su contrato de relevo, 3.142, 09 euros.

III.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

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

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO