



Roj: **STSJ AND 11244/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:11244**

Id Cendoj: **41091340012017103194**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2017**

Nº de Recurso: **3560/2016**

Nº de Resolución: **3315/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TSJA. Sala de lo Social. Sevilla Recurso de Suplicación nº 3560/2016-F

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA y MELILLA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMAS. SRAS. E ILMO. SR.:

Doña ANA MARÍA ORELLANA CANO

Doña EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

Don FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO

En Sevilla, a 8 de noviembre de 2017.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por las Ilmas. Sras. y el Ilmo. Sr. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 3315/2017

En el recurso de suplicación interpuesto por Don Armando , con asistencia de la Letrada Doña Mónica Lozano María, contra la sentencia dictada el 1 de septiembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Sevilla en sus autos nº 817/2015, ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don FRANCISCO MANUEL DE LA CHICA CARREÑO, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente presentó demanda de despido contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALMENSILLA y el CLUB DEPORTIVO GESINDE, se celebró el juicio y el 1 de septiembre de 2016 se dictó sentencia por el referido Juzgado, que desestimó la demanda.

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

«PRIMERO.- D Armando , N.I.F. NUM000 , vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de Ayuntamiento del Almensilla, desde el 16/08/2000 (folio 124), aunque con la categoría profesional de Monitor Deportivo con funciones de socorrista en las instalaciones de la piscina municipal desde el año 2004, en los siguientes periodos:

*del 12/07/2004 a 31/08/2004 bajo contrato por obra o servicio determinado a tiempo parcial (folio 192) como monitor y en el periodo de 2/08/2004 a 31/8/2004, bajo contrato a tiempo completo (folio 194), y desde 20/10/2004 bajo contrato por obra o servicio determinado a tiempo parcial (folio 190) como monitor.



*el 1/07/2005 a 18/09/2005 bajo contrato de duración determinada por obra o servicio, a tiempo completo (folio 157).

*de 29/06/2006 a 11/08/2006 bajo contrato de duración determinada por obra o servicio, a tiempo completo y del 12/8/2006 a 27/09/2006 (folio 159 a 160) y desde el 9/10/2006 a tiempo parcial (folio 195) como monitor de educación y tiempo libre.

*del 29/06/2007 (folio 161) y desde el 8/10/2007 a tiempo parcial como monitor de educación y tiempo libre (folio 199).

*del 1/07/2008 y desde el 2/10/2008 a tiempo parcial (folio 200).

*del 1/07/2009 a 6/09/2009 bajo contrato de duración determinada por obra o servicio, a tiempo completo (folio 165) y del 7/09/2009 a 11/09/2009 (folio 166) y del 5/10/2009 a tiempo parcial (folio 203).

*del 2/11/2010 bajo contrato por obra o servicio determinado a tiempo parcial (folio 181) como monitor y/o animador deportivo.

Consta para dichos periodos, cuatro como monitor deportivo, 5 como socorrista, 1 como monitor de Talles grupo 4 y 1 como monitor escuela deportiva (folio 67).

SEGUNDO.- consta en autos contrato eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo para los años 2001, 2002 y 2003, con la categoría de peón albañil (folios 69 a 73).

TERCERO.- La actora ejerció cargo publico de concejal en el referido ayuntamiento en el Área de Deportes y Obras y Servicios, con dedicación exclusiva desde el 1/08/2011 a 13/06/2015 (folio 11, y 184 a 188) con un salario mensual de 1329,79 euros (folio 127 a 133).

CUARTO.- En fecha 23/06/2015, la actora formaliza escrito ante el Registro Municipal, comunicando el cese en cargo publico y plena disposición para la reincorporación a su puesto de trabajo (folio 12).

QUINTO.- El ayuntamiento suscribió un Convenio de Colaboración con el Club Deportivo Gesinde el 6/07/2015 (folios 136 a 138).

SEXTO.- Por el CD Gesinde se procede a contratar para la temporada 2015, a cinco personas bajo la modalidad de contrato temporal a tiempo parcial, con la categoría de socorrista-bañista (folios 139 a 154).

SÉPTIMO.- El 8/07/2015, fecha de inicio de la temporada estival, el actor no ha sido llamado para su puesto de trabajo.

OCTAVO.- La parte actora interpuso reclamación previa en fecha 14/07/2015 (folio 8).

NOVENO.- La relación laboral se rige por el Convenio colectivo del Personal del Ayuntamiento de Almensilla (Sevilla) (folios 221 a 226).»

TERCERO.- El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, recurso que fue impugnado por el Ayuntamiento codemandado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Consta en autos que el ahora recurrente presentó demanda de despido, considerando como tal el no haber sido llamado el 8 de julio de 2015 al inicio de la temporada estival en la que venía prestando servicios años atrás como monitor/socorrista. La sentencia ahora recurrida considera que el demandante tenía la condición de trabajador indefinido no fijo discontinuo a tiempo parcial, por lo que su nombramiento como concejal en el mismo Ayuntamiento, aun con exclusividad y remunerado, no puede determinar el pase a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad, situación que la STS de 29 de noviembre de 2005 no reconoce a los indefinidos no fijos, concluyendo así que no ha existido despido improcedente, por lo que desestimó su demanda.

Frente a dicha sentencia se alza ahora en suplicación el trabajador recurrente, con su representación letrada, articulando un primer motivo al amparo del artículo 193.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social -por mero error material se dice el 191-, por infracción de normas sustantivas y garantías procesales, denunciando la vulneración de los artículos 97 de la LRJS, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y 24 de la Constitución de la Nación Española. Se alega para ello -en resumen- que la sentencia de instancia consigna como hechos probados circunstancias notoriamente contradictorias con la totalidad de la prueba practicada, e incurre en incongruencia omisiva, efectuando luego el recurso una valoración probatoria de los contratos y documentos aportados en su ramo probatorio, para concluir: que tenía la consideración de indefinido no fijo discontinuo a tiempo parcial; que pasó a ejercer como concejal y el Ayuntamiento le reconoció de oficio la incompatibilidad



que le afectaba, por lo que no efectuó los llamamientos durante dicho cargo; que en tal período entiende que se encontraba en la situación de excedencia forzosa del artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores ; y que tras cesar como concejal el 13.06.2015 comunicó al Ayuntamiento el 23.06.2015 la extinción de la causa de incompatibilidad y su plena predisposición para la efectiva reincorporación a su puesto. Tras dicha exposición y consideraciones, el motivo se limita a solicitar la revisión del fundamento jurídico tercero ante la ausencia de los razonamientos exigibles en Derecho y la falta de la labor exigible de valoración judicial de la prueba, lo que implica un fallo en sentido contrario al contenido en la meritada sentencia.

El motivo, así expuesto y desarrollado, adolece de falta de la formalidad exigible conforme al artículo 196 en relación con el 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , que bastarían para su desestimación. Aunque se encausa por la letra a) del artículo 193 LRJS , motivo indicado y previsto para pedir la nulidad de la sentencia, sin embargo luego no se solicita tal nulidad, sino que por el contrario se efectúan valoraciones jurídicas más propias de un motivo de censura normativa del apartado c) del mismo precepto, que luego articula por separado, proponiendo en definitiva una revisión del fundamento jurídico tercero de la sentencia, que no cabe realizar en este recurso de suplicación de naturaleza extraordinaria, cuasi-casacional, dado que la redacción de la sentencia de instancia corresponde en exclusiva a la juzgadora de tal grado, y solo puede ser modificada en cuanto a la redacción de los hechos probados -nunca de los fundamentos jurídicos- por los estrechos cauces del motivo del artículo 103.b) LRJS .

Por otra parte, lo que se denuncia como incongruencia y falta de exhaustividad de la sentencia no es tal, sino mera discrepancia con las consecuencias jurídicas que la resolución de instancia anuda a los hechos declarados probados. El artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que *«Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.»* Como tiene declarado esta Sala (por todas, Sentencia de 7 de diciembre de 2016, en Recurso de Suplicación 2553/2015 ; Sentencia de 10 de mayo de 2017, en Recurso de Suplicación 1280/2017 ; y Sentencia de 18 de octubre de 2017, en Recurso de Suplicación 2416/2016): "La claridad significa que su contenido sea comprendido sin dificultad. La precisión implica que se decidan de forma inequívoca las cuestiones controvertidas. Y, por congruencia, ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del pleito, de modo que se presenta como una relación de conformidad entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia y el otro término de comparación es el constituido por la demanda y las demás pretensiones deducidas oportunamente en la litis. Y por correlación entre pretensión y fallo se entiende la adecuación entre una y otro, por lo que la congruencia exige lo siguiente: a) que el fallo no contenga más de lo pretendido por las partes, incurriendo en incongruencia positiva, cuando la parte dispositiva de la sentencia concede o niega lo que por nadie se ha pedido; b) que el fallo no contenga menos de lo pretendido por las partes, incurriendo en incongruencia negativa cuando la sentencia omite la decisión sobre algunas pretensiones de la demanda o de la reconvención; y, c) que el fallo no contenga nada distinto de lo pretendido por las partes, incurriendo en incongruencia mixta, cuando la parte dispositiva de la sentencia sustituye alguna de las pretensiones formuladas por las partes, por otra que no ha sido formulada. La exigencia de la congruencia del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es puramente formal, sino que tiene una justificación de fondo para garantizar el ejercicio de los derechos, lo que impone huir de un planteamiento formalista que exija que el fallo se ajuste literalmente a lo pedido en el suplico de la demanda. Basta, por el contrario, que se adecue sustancialmente a lo solicitado. La sentencia debe resolver también los problemas conexos y accesorios de las pretensiones, pues lo que importa es que los fallos tengan virtualidad suficiente para dejar resueltos todos los extremos que fueron objeto de debate."

En el presente caso la sentencia recurrida da respuesta suficiente y motivada a las pretensiones de las partes, efectuando la calificación que entiende adecuada a la relación laboral entre las partes y explicando con cita normativa y jurisprudencial y con argumentos jurídicos por qué no existe -a su juicio- el despido improcedente que se reclama, por lo que no incurre en la incongruencia y falta de exhaustividad que se denuncian, ni se causa indefensión a las partes. Razones por las que debe ser desestimado este primer motivo.

SEGUNDO.- En el segundo y último motivo, con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , se denuncia la infracción de los artículos 56 en relación con el 46 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia de aplicación, por considerar -en síntesis- que el recurrente se encontraba en situación de excedencia forzosa por incompatibilidad debida a ejercicio de cargo público, con derecho a reserva del puesto de trabajo hasta el cese de dicha situación, producida la cual y no habiendo sido llamado para prestar servicios como socorrista al inicio de la temporada estival se produce un despido por negativa empresarial al reingreso, que es injustificada, clara y terminante, debiendo ser calificado como nulo por aplicación del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores .



Impugna el recurso el Ayuntamiento codemandado, que en primer lugar alega que la falta de llamamiento trae su causa en el contrato suscrito con el codemandado Club Deportivo GESINDE que tiene por objeto la gestión del servicio de cursos de natación y socorrismo durante la temporada de piscina 2015, habiéndose producido una subrogación empresarial nacida no del artículo 44 del ET sino del artículo 25 del Convenio Colectivo de aplicación que dice ser el de Instalaciones Deportivas y Gimnasios, por lo que el éxito de la acción de despido debería traer como consecuencia igualmente la absolución del Ayuntamiento de Almensilla.

Además, el impugnante formula al amparo del artículo 197.1, en relación con el 193.c) un motivo de oposición por infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, por inaplicación del artículo 15.3 en relación con el 49.1.c) y 59.3 del Estatuto de los Trabajadores . Se alga para ello, en resumen, que la acción de despido se sustenta en la falta de llamamiento como socorrista en julio de 2015, pero que la última temporada en que prestó servicios como tal fue en la de 2009, no siendo llamado en la temporada de piscina de verano de 2010, año en el que solo fue contratado el 2 de noviembre de 2010 como monitor y/o animador deportivo a tiempo parcial para las escuelas deportivas municipales coincidentes con el curso escolar, sin que impugnara tal falta de llamamiento que se habría producido un año antes de su nombramiento como concejal, lo que produjo una ruptura del vínculo como indefinido no fijo socorrista el fecha 11 de septiembre de 2009, habiendo caducado su acción de despido por transcurso del plazo de 20 días hábiles para ello. Finalmente, se opone a la declaración de nulidad del despido, habida cuenta que la parte actora se desistió de tal pretensión al inicio del juicio.

El motivo jurídico del recurrente y el de oposición subsidiaria deben examinarse conjuntamente. Y debe comenzarse por clarificar la verdadera naturaleza jurídica de la relación laboral que mediaba entre las partes, partiendo para ello del inmodificado relato fáctico, donde se da cuenta que tras unos años de prestación de servicios como peón albañil mediante contratos temporales eventuales, el último de los cuales finalizó el 23 de mayo de 2003, el recurrente pasó a partir del 12 de julio de 2004 a prestarlos unas veces (4) como monitor deportivo, otras (5) como socorrista, una vez como monitor de talleres y una vez como monitor de escuela deportiva, lo que debe ser completado con el examen de los concretos contratos suscritos a los que el relato fáctico expresamente se remite. Así, vino siendo llamado y contratado año tras año mediante la modalidad de contratación temporal para obra o servicio determinado, unas veces a tiempo completo y otras a tiempo parcial. De forma que el demandante venía prestando servicios prácticamente todo el año, y así, la iniciaba a finales de junio o primeros de julio haciendo funciones de socorrista, bañista o monitor deportivo o de talleres en la piscina municipal durante la temporada estival, que se alargaba hasta mediados de septiembre, si bien a veces acababa antes o después, lo que debe entenderse iba en función de la demanda de servicios por parte de los ciudadanos y/o de la climatología; y continuaba su prestación de servicios, una vez acabada la temporada de piscina, como monitor de las escuelas deportivas municipales que coincidentemente con el curso escolar se inician normalmente a primeros de octubre, a veces a mediados de dicho mes, incluso a primeros de noviembre, y finalizan a final de mayo o en ocasiones a mediados de junio. En tales circunstancias no puede apreciarse que existan contrataciones temporales lícitas al amparo del art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores , ni dos relaciones laborales distintas con el ayuntamiento empleador de carácter fijo discontinuo, sino una sola de tal carácter con funciones diversas en la que se han desempeñado y sucedido alternadamente en el tiempo las propias de temporada de verano (socorrista/bañista/monitor de piscina o de talleres) con las propias de la temporada de escuelas deportivas municipales (monitor deportivo), que en conjunto y por no determinar el cumplimiento de una jornada a tiempo completo en cómputo anual -dado que además del mes de junio que pudiera imputarse a vacaciones, había otros períodos de tiempo entre el fin de una actividad y el comienzo de la siguiente, en que no se prestaban servicios- debe ser considerada como actividad de carácter fijo discontinuo, que en el caso y por ser el empleador una entidad pública, determinaría la existencia de una relación indefinida-no fija de carácter discontinuo.

Durante la vigencia de dicha única relación se declara probado ciertamente que en el año 2010 no consta prestación de servicios en la piscina municipal durante la temporada de verano entre los días 23 de julio de 2010 y 1 de noviembre de 2010, lo que suponen 102 días, algo más de tres meses; pero considerando la larga extensión temporal de su prestación de servicios hasta ese momento y el que en dicho período no se declare probada la percepción de prestaciones por desempleo, dicha falta de llamamiento o contratación para la temporada de verano de 2010 no considera la Sala que deba implicar la ruptura de la relación laboral, sino el mantenimiento de la unidad esencial del vínculo, dado que se reanudó la prestación de servicios en las escuelas deportivas municipales a partir del 2 de noviembre de 2010 y se continuó la misma hasta el 10 de junio de 2011, tras lo que en las elecciones de tal mes y año fue elegido concejal -cargo incompatible con su actividad laboral para el propio ayuntamiento- y sin duda por su dedicación exclusiva y remuneración fue dado de alta en Seguridad Social a partir del 1 de agosto de 2011 hasta su cese el 13 de junio de 2015. Es por todo ello que no puede aceptarse la extinción de la relación laboral, ni por fin de contrato temporal para obra o servicio determinado -pues queda dicho que la relación era indefinida, no fija- ni por despido tácito ante falta de llamamiento; ni por tanto es de apreciar la caducidad de la acción de despido que opone y defiende



el Ayuntamiento impugnante del recurso, dado que se comunicó a la corporación el fin de la situación y se solicitó la reincorporación el 23 de junio de 2015 (hecho probado cuarto), se inició la temporada de piscina el 8 de julio de 2015 sin que fuera llamado (hecho probado séptimo) y se presentó reclamación previa por despido ante la falta de llamamiento el 14 de julio de 2015 (hecho probado octavo), seguida de demanda que se presentó el 6 de agosto de 2015 según consta en las actuaciones.

En segundo lugar debe abordarse cuál fuera la situación jurídica en que quedó el trabajador recurrente una vez que pasó a ejercer el cargo público de concejal electo con dedicación exclusiva y remunerado. Al respecto, el art. 1.1 de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, prescribe que *"El personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma. A los solos efectos de esta ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las (...) Corporaciones Locales..."* El art. 2.1.c) incluye dentro del ámbito de aplicación de la Ley al personal al servicio de las Corporaciones Locales, especificando el art. 2.2 que *"En el ámbito delimitado en el apartado anterior se entenderá incluido todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo"*, por lo que es claro que el recurrente, en cuanto personal laboral indefinido no fijo de carácter discontinuo, está incluido dentro de su ámbito de aplicación, y le era legalmente imposible simultanear el puesto de trabajo laboral con la actividad de concejal electo remunerado y con dedicación exclusiva. En tal situación de incompatibilidad, el art. 10 de la misma Ley establece que *"Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando, habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión. A falta de opción en el plazo señalado se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a la situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando. Si se tratara de puestos susceptibles de compatibilidad, previa autorización, deberán instarla en los diez primeros días del aludido plazo de toma de posesión, entendiéndose éste prorrogado en tanto recae resolución."* Pese a que la norma utiliza la expresión "excedencia voluntaria", no cabe entender que exista en estos casos una remisión completa a la homónima situación regulada en el Estatuto de los Trabajadores, sino que se trata de una "excedencia especial" que guarda sensibles diferencias con la "excedencia voluntaria" laboral e incluso funcionarial, al tratarse de una situación impuesta legalmente, en la que la voluntariedad del empleado público no va referida directamente a la misma, que es obligada, sino a la opción por el puesto, cargo o actividad de entre los incompatibles; y no está sujeta a períodos de tiempo previos de empleo para situarse en ella. Además, debe tenerse en cuenta que dicha norma legal se ha visto afectada por normas posteriores de igual rango, como el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, Ley 7/2007, de 12 de abril, vigente en el momento en que el recurrente fue elegido concejal), cuyo Título VI regula las situaciones en que pueden encontrarse los funcionarios de carrera incluidos en su ámbito de aplicación, entre ellas la de servicios especiales por desempeño de cargo electivo en las entidades locales que sea con dedicación exclusiva y retribuido (art. 87.1.f). Por su parte, el art. 92 EBEP -dentro del mismo Título VI dedicado a las situaciones del personal incluido en su ámbito aplicativo- establece que *"El personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación. Los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este Capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los Trabajadores."* La referencia a "este Capítulo" debe de tratarse de una errata, quiere decir Título, pues el Título VI donde se inserta el precepto no contiene Capítulos). En este caso, para el caso de que se entendiera vigente el convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Almansilla, publicado en BOP de 16.04.2003 (no le constan a la Sala versiones posteriores), no establece la aplicación a su personal de lo prevenido en dicho Capítulo o Título del EBEP. Rigiendo pues plenamente la incompatibilidad y su prohibición de percepción de más de una remuneración en el Sector Público, y las reglas de determinación de cuál sea el puesto, cargo o actividad que debe continuar desempeñando el empleado que se vea en situación de incompatibilidad, los efectos de tal elección en cuanto al puesto inicialmente desempeñado que deja de serlo, ya no deben ser el pase a la "excedencia voluntaria" que indica la Ley 53/1984, sino los que se deriven de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, por así haberlo dispuesto el EBEP, norma posterior que en este aspecto deroga a la anterior, sin que el convenio colectivo haya dispuesto la aplicación de las normas propias funcionariales del referido Título VI. Así las cosas, el recurrente pasó a la situación no de excedencia voluntaria del art. 46.2 sino de la excedencia forzosa del art. 46.1 del texto estatutario, a cuyo tenor *"La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público."* Pues efectivamente el trabajador fue elegido para desempeñar cargo público que, por su dedicación exclusiva, le imposibilitaba para la asistencia a su trabajo en cualquiera de las diversas actividades que desempeñaba como trabajador indefinido no fijo discontinuo. Conservaba derecho a la conservación de su puesto y al cómputo de la antigüedad durante dicha situación, y cumplió con su deber de solicitar el reingreso en el plazo legalmente establecido de un mes desde el cese en el cargo.



En virtud de lo anterior, la falta de llamamiento por parte del Ayuntamiento empleador para reintegrarse en la actividad de la temporada de verano, tras haberle sido comunicado en tiempo y forma el cese en su cargo y su voluntad de reincorporarse poniéndose a su disposición, debe entenderse en este caso como acto constitutivo de despido ex art. 15.8 del Estatuto de los Trabajadores (T.R. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, aún vigente al momento del despido), calificable de improcedente y no nulo, al ser evidente que no se alega ni concurre causa alguna de nulidad de las establecidas en el art. 55.5 ET, por cuanto desconoce y rompe sin causa la vigente relación laboral antes definida, lo que debe acarrear las consecuencias legales inherentes, esto es la condena al empleador a optar entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de trámite que correspondan, a razón de un salario diario de 62,53 euros alegado en escrito de contestación a requerimiento efectuado y que no ha sido impugnado de contrario, pese a que no figure en el relato fáctico, por lo que debe entenderse hecho admitido; o abonarle la indemnización legal con extinción de la relación laboral en la fecha del despido y sin derecho a salarios de trámite; indemnización alternativa que en este caso, atendiendo a la antigüedad (2.470 días de prestación de servicios, de los que 1.264 lo fueron hasta el 12 de febrero de 2012 y los restantes 1.242 lo fueron a partir de dicha fecha y hasta el 8 de julio de 2015 en que se entiende causado el despido) y al salario regulador citado, debe fijarse en un total de 16.898,74 euros (s.e.u.o.)

Por último, el responsable único de las consecuencias del despido debe ser el Ayuntamiento de Almensilla, y no la codemandada CLUB DEPORTIVO GESINDE. La externalización de la gestión de los cursos de natación y del servicio de socorrismo en la piscina municipal durante la temporada de verano no puede entenderse como constitutiva de una transmisión de empresa, centro de trabajo ni unidad productiva autónoma en los términos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, habida cuenta que no implica transmisión de elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de tales actividades, que se ejecutan por la contratista mediante la mera aportación y gestión de la mano de obra necesaria. Tampoco existe en este caso una "sucesión de plantillas" que permitiera entender producida aquella transmisión de empresa por aplicación de la doctrina comunitaria del TJUE (Sentencias de 11/3/1997, 10/12/1998, 2/12/1999 y 24/1/2002) en interpretación de las Directivas 77/178, de 14 de febrero y 1998/50/CEE, de 29 de junio, sobre garantías de los derechos de los trabajadores en los casos de transmisión de empresas, en las que se afirma que un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción, cuya *ratio decidendi* consiste en deducir la sucesión empresarial -con el contenido del art. 44 del E.T.- precisamente del hecho de la asunción de la plantilla en virtud de la autonomía privada o colectiva, lo que no es el caso pues del inalterado -por no combatido- relato fáctico no se deriva que Gesinde asumiera *de facto* toda o la mayor parte de la plantilla del ayuntamiento que viniera atendiendo las actividades externalizadas; es más, en el convenio de colaboración suscrito, a cuyo contenido implícitamente se remite el hecho probado quinto, expresamente se establece (cláusula segunda) que es obligación de la entidad contratista proporcionar el personal necesario para el normal funcionamiento de las actividades, no incluyendo cláusula alguna por la que se le imponga la asunción o subrogación de ningún trabajador. Y, en fin, no resulta de aplicación el invocado art. 25 del III Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas y Gimnasios (BOE de 2 de octubre de 2014) que ciertamente regula y obliga a la subrogación de personal entre empresas contratistas que se suceden en la ejecución de los servicios subcontratados por entidades públicas, e incluso la impone a éstas cuando reasuman o rescaten el servicio, pero no la contempla en los casos como el presente en que lo que se produce es una primera adjudicación o subcontratación de los servicios.

En definitiva, debemos estimar el recurso del trabajador y desestimar el motivo de oposición subsidiaria del Ayuntamiento, con revocación de la sentencia de instancia impugnada; en su lugar, y con estimación de la demanda, debe declararse la improcedencia del despido y condenarse al Ayuntamiento demandado en los términos ya expuestos, con absolución de la codemandada Gesinde, y sin imposición de costas.

En su virtud, vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere el Pueblo español, la Constitución de la Nación Española y las leyes,

FALLAMOS

Con desestimación del motivo de oposición subsidiaria del Excmo. AYUNTAMIENTO DE ALMENSILLA y estimación del recurso de suplicación interpuesto por Don Armando, con asistencia de la Letrada Doña Mónica Lozano María, contra la sentencia dictada el 1 de septiembre de 2016 por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Sevilla, recaída en autos nº 817/2015 sobre despido promovidos por dicho recurrente contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALMENSILLA y el CLUB DEPORTIVO GESINDE, revocamos dicha sentencia dejándola sin valor ni efecto alguno; en su lugar, y con estimación de la demanda, declaramos la improcedencia del despido condenando al demandado EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALMENSILLA a que en plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, bien readmita al trabajador recurrente en su mismo



puesto de trabajo con las mismas condiciones que tenía antes del despido y le abone en este caso los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de su salario diario de 62,53 euros, sin perjuicio de las deducciones legales que procedan; bien a que la indemnice con la cantidad total de 16.898,74 euros, considerándose extinguida en tal caso la relación laboral en la fecha de efectividad del despido sin derecho a salarios de tramitación. La referida opción deberá manifestarse expresamente por escrito o comparecencia en esta Sala sin necesidad de esperar a la firmeza de esta sentencia, y de no efectuarse en el plazo indicado se entenderá que opta por la readmisión y además de las consecuencias antes dichas, deberá abonar los salarios posteriores a la fecha de la notificación de sentencia, sin perjuicio de la deducción que procediera respecto de los salarios que el demandante haya podido percibir desde la fecha del despido como consecuencia de un nuevo empleo. Absolvemos a la codemandada CLUB DEPORTIVO GESINDE. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la representación del Ministerio Fiscal ante este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, CABE RECURSO de CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

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.

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.

PUBLICACIÓN .- Sevilla a 15 de noviembre de 2017