



Roj: **STSJ AND 2022/2018 - ECLI: ES:TSJAND:2018:2022**

Id Cendoj: **41091340012018101207**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2018**

Nº de Recurso: **1243/2017**

Nº de Resolución: **1273/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS LOZANO MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso Nº 1243/17 -J- Sentencia nº 1273/18

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**Ilmos. Sres.**

**DON LUIS LOZANO MORENO**

**DON FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ**

**DOÑA MARÍA DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN**

En Sevilla, a veintiséis de abril de dos mil dieciocho.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 1273 /18**

En el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Clara , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de los de Huelva dictada en los autos nº 1211/14; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don LUIS LOZANO MORENO, Magistrado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, se presentó demanda por la recurrente contra Inersola S.L. (desistida) y Dujonka S.L., con intervención del Ministerio Fiscal, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día veinticinco de noviembre de 2015 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó parcialmente la demanda.

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

I.- D<sup>a</sup> Clara , mayor de edad, con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta, bajo dependencia y dentro del ámbito de organización de Inersola SL como responsable de comedor, salario diario de 13,79 euros, con jornada de trabajo de 15 horas semanales (37,5% de la jornada completa) y centro de trabajo en el Colegio Juan Ramón Jiménez de Huelva como consecuencia de la concesión administrativa que la Junta de Andalucía tenía adjudicada a Inersola SL.

La relación laboral se formalizó por escrito por virtud de contratos de trabajo temporales (folios 59 y ss, por reproducidos).



II.- La prestación de servicios se ha venido desarrollando durante los intervalos de tiempo que se detallan en el informe de vida laboral (folios 62 y ss, por reproducidos) normalmente, de septiembre/ octubre a junio de cada curso escolar.

III.- En septiembre de 2014 Dujonka SL resultó adjudicataria de los servicios de comedor de centros escolares públicos, que antes había asumido Inersola SL, en expediente administrativo nº NUM001 subrogándose en la posición empleadora de dicha empresa respecto de la relación laboral con la demandante conforme exigía el Anexo XVII del pliego de cláusulas administrativas para la contratación de la gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía y que damos por reproducidos.

IV.- No obstante lo manifestado en el Hecho anterior, la entidad Dujonka SL dio de alta a la trabajadora en TGSS con jornada de 10 horas semanales (25,6 % de la jornada completa), suscribiendo con la actora el 30.09.14, contrato de trabajo temporal a los folios 56 y ss. (por reproducidos) con dicha jornada semanal de 10 horas y con categoría de monitor escolar, rubricando la trabajadora dicho contrato con expresión de "no conforme, tendría que tener contrato de monitor coordinador y cobrar como tal".

V.- El 29.01.14 la actora fue cesada verbalmente.

VI.- La demandante formuló demanda de modificación sustancial de las condiciones laborales que fue turnada al juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad promoviendo autos nº 966/14 siendo admitida la demanda y emplazada la entidad Dujonka SL el 27.10.14 mediante Decreto de la Sra. Secretaria.

VII.- El 04.11.14 la actora formuló papeleta de conciliación ante el CMAC sobre reclamación de cantidad contra Dujonka SL celebrándose el acto sin avenencia el 21.11.14. Posteriormente, formuló demanda de reclamación de cantidad que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 3 promoviendo autos nº 241/15 admitiéndose la demanda y siendo emplazadas las partes a los actos de conciliación y juicio mediante Decreto de 27.02.15.

VIII.- La demandante no ostenta ni ha ostentado la consideración de miembro de Comité de Empresa, Delegado de Personal o Delegado Sindical.

IX.- La parte actora planteó papeleta de conciliación ante el CMAC el 14.11.14 teniendo lugar el acto intentado sin efecto el 02.12.14. La demanda que dio inicio a las actuaciones se presentó el 02.12.14.

**TERCERO.-** La actora recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado su recurso por la mercantil demandada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** La actora presentó demanda en la que reclamaba que se declarara que el despido del que fue objeto era nulo o, subsidiariamente, improcedente, se dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda declarando que el despido del que fue objeto el 29 de octubre de 2014 era improcedente, condenando a la empresa Dujonka S.L. a sus consecuencias legales.

Contra esa sentencia presenta recurso de suplicación en el que bajo el epígrafe de "motivos" expone, en seis apartados, diversas consideraciones tanto fácticas como jurídicas, entremezcladas las unas con las otras, sin mencionar bajo qué apartado del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se formulan los motivos, y sin postular formalmente la modificación de los hechos probados, con invocación de prueba documental o pericial hábil en la forma prescrita por los artículos 193 y 196 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Olvida el recurrente con este planteamiento que el recurso de suplicación no es una apelación que otorgue al tribunal ad quem la plenitud de conocimiento y objeto propios de aquélla, sino un recurso extraordinario y cuasi casacional en el que el relato fáctico solo puede ser modificado a partir de un error patente, evidente, directamente deducido de concreto documento o pericial invocado por el recurrente, que no exijan efectuar juicios de inferencia, ni valorar una amplia prueba.

Si la actora pretendía la modificación del relato fáctico, debió proponer concretamente cuál de los declarados probados deberían ser modificados o suprimidos, por la redacción concreta que se hubiera de dar a aquél cuya adición pretendiera, citando el documento o prueba pericial de los que se dedujera sin género de dudas y sin contradicción la procedencia de la modificación postulada.

Por otro lado, la prueba testifical no es hábil para obtener modificación del relato de hechos probados, según se deduce de los preceptos antes citados, debiendo tenerse en cuenta además que la valoración del conjunto material probatorio corresponde en el proceso social en exclusiva al juzgador de instancia, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.



En cualquier caso, esta Sala ha de partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, que ya hemos visto que no ha sido atacado en forma, prescindiendo de las alegadas manifestaciones de un testigo, a las que hace referencia la recurrente, pero que ya hemos visto que no es una prueba hábil invocable en suplicación. Y de ese inalterado relato fáctico se deduce que la actora, que venía prestando servicios para la inicialmente demandada Inersola S.L. como encargada de comedor en un colegio público, con contrato a tiempo parcial con jornada del 37,5% sobre la ordinaria a tiempo completo, fue subrogada por la codemandada Dujonka S.L. en septiembre de 2014, al ser esta adjudicataria del servicio, que le adjudicó la categoría de monitora de comedor y una jornada del 25,6% de la jornada completa. Al firmar contrato temporal con la empresa entrante el 30 de septiembre de 2014, la actora hizo constar que no estaba conforme con el mismo ya que tendría que tener reconocida la categoría de monitora coordinadora y cobrar como tal. No consta que la actora hicieran alguna otra manifestación al respecto, pero el 27 de octubre de 2014 presentó demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo. El 29 de octubre de 2014, sin que conste que la empresa conociera la presentación de esa demanda, fue despedida verbalmente. Otras trabajadoras adscritas a las mismas contrataciones presentaron sendas demandas por modificación sustancial de condiciones de trabajo en la misma fecha, y ninguna de ellas ha sido despedida.

Como bien se razona en la sentencia recurrida y sabe el recurrente, debemos recordar ahora que el art. 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental ( STC 38/1981, de 23 de noviembre ), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ( STC 38/1986, de 21 de marzo ), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio , y 85/1995, de 6 de junio ). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria ( STC 114/1989, de 22 de junio )-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador ( SSTC 38/1981, de 23 de noviembre , y 136/1996, de 23 de julio , FJ 6 por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental ( SSTC 197/1990, de 29 de noviembre , 136/1996, de 23 de julio ).

Desde esta perspectiva, y entendiendo por indicio el hecho probado que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido directamente, entendemos que, efectivamente, los afirmados indicios no son suficientes para dar lugar a esa inversión de la carga de la prueba, pues si bien quedó acreditado como la actora manifestó su disconformidad con la categoría profesional con que fue subrogada por la nueva adjudicataria de la contrata, no hay dato alguno que permita afirmar que la empresa conociera que la actora había iniciado acto preparatorio alguno para ejercitar acciones por ese hecho contra la misma, y menos aún que tuviera conocimiento de la demanda interpuesta por esta modificación sustancial de condiciones de trabajo tan sólo dos días antes de que fuera despedida. Por otro lado, resulta que otras compañeras de la ahora demandante que se vieron en la misma situación y ejercitaron acciones por modificación sustancial de las condiciones de trabajo no vieron extinguidas sus relaciones laborales. En consecuencia, no podemos sino compartir el criterio adoptado por la sentencia recurrida, con criterio mantenido igualmente por el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, negando igualmente la existencia de indicios suficientes que dieran lugar a la inversión de la carga de la prueba, a tenor de lo dispuesto en el art. 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , tal y como ha sido interpretado por el T.C. entre otras en las sentencias más arriba citadas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación



## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Clara contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Social Número Dos de Huelva , en autos seguidos a instancias de la recurrente contra Inersola S.L., de la que se desistió posteriormente, y Dujonka S.L., con la intervención del Ministerio Fiscal, sobre despido, debemos confirmar y confirmamos esa sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de 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, así como que 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.

**PUBLICACIÓN:** En Sevilla a veintiséis de abril de 2018.