



Roj: **STSJ AND 353/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:353**

Id Cendoj: **29067340012018100326**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2018**

Nº de Recurso: **2209/2017**

Nº de Resolución: **333/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAUL PAEZ ESCAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Málaga, núm. 7, 31-07-2017,**
STSJ AND 353/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN 29001 Málaga

AVDA. MANUEL AGUSTÍN HEREDIA Nº 16 -2º

N.I.G.: 2906744S20120011929

Negociado: RM

Recurso: Recursos de Suplicación **2209/2017**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 865/2012

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA y Teodora

Representante: RAQUEL ALARCON FANJUL y MARIA CRISTINA APARICIO DIEZ

Recurrido: Angelina , Debora , Guillerma , Modesta , Sonia , Alfonso , Alicia , Constanza , Guadalupe y Constancio

Representante: JUAN CARLOS BARDERA SIERRA y EDUARDO ALARCON ALARCON

Sentencia Nº 333/18

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

ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

En la ciudad de MÁLAGA a veintiuno de febrero de dos mil dieciocho

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CON SEDE EN MALAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recursos de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA y Teodora contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº7 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Teodora sobre Despidos / Ceses en general siendo demandado AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA, Angelina , Debora , Guillerma , Modesta , Sonia , Alfonso , Alicia , Constanza , Guadalupe y Constancio habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 31 de Julio de 2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

PRIMERO.- Dña. Teodora trabaja para el Ayuntamiento de Estepona con una antigüedad computable a efectos de despido de 1 de diciembre de 1999 de trabajadora social, y con salario a efectos de despido de 2.922,36 euros mensuales.

SEGUNDO.- La actora trabaja para el Ayuntamiento de Estepona desde el 19 de junio de 1995 a 18 junio de 1996, en Servicios Estepona XXI SL desde el 21 de junio de 1996 al 31 de octubre de 1999 y en el Ayuntamiento de Estepona del 1 de diciembre de 1999 al 31 de enero de 2000, del 11 de febrero de 2000 a 10 de junio de 2000, en servicios Municipales Estepona de 12 de junio a 26 de junio de 2000 y en el Ayuntamiento de 27 de junio de 2000 a 31 de julio de 2008 y con Mdo.100 desde el 1 de agosto de 2008 hasta el 31 de julio de 2012.

TERCERO.- En el organigrama Dña. Teodora , presta servicios como trabajadora social en los Servicios sociales comunitarios junto a tres compañeras Sra. Guadalupe , Sonia y Sra. Luisa , esta última también despedida. Tras el ERE la Delegación de servicios social una vez amortizados puestos de trabajo se reordena y los servicios sociales comunitarios se prestan por la Sra. Guadalupe , Constanza , Sonia y Guillerma .

CUARTO.- La actora fue contratada en el Ayuntamiento de Estepona bajo distintos contratos de duración determinada hasta que firmó contrato indefinido el 1 de agosto de 2012, al haber superado oposición según resolución de 6 de junio de 2008.

QUINTO.- En el Ayuntamiento había 18 trabajadores sociales de los que en el despido colectivo se concluye que de los 176 trabajadores afectados, 8 sean trabajadores sociales. La actora tiene 11 compañeros con menos antigüedad que ella siendo la séptima con más antigüedad. No obstante de los 11 con menos antigüedad, Dña. Angelina y Dña. Debora , tienen contratos de trabajo vinculados a subvención de la Junta de Andalucía para atención a personas en situación de dependencia, subvencionado por la consejería de Igualdad, Salud y Bienestar Social. Dña Alicia y D. Alfonso son miembros del comité de empresa. Tanto aquellas dos por ser contratos subvencionados como estos dos por ser representantes de los trabajadores quedan excluidos de los criterios de selección y por tanto Dña. Teodora es la octava con menos antigüedad.

De los codemandados con más antigüedad se encuentra Dña. Guadalupe , Dña. Constanza , Dña. Sonia , Dña. Modesta , D. Constancio (miembro del comité) y Guillerma .

SEXTO.- En las nóminas de la actora en el Ayuntamiento figura en la fecha de alta la de 27 de junio de año 2000. No obstante existe otra casilla en la misma llamada fecha devengo trienios que indica 1 de agosto de 1995.

SÉPTIMO.- Por el Secretario del Ayuntamiento de Estepona se certifica que consta que la actora ha prestado servicios en los periodos de 19 de junio de 1995 a 18 de junio de 1996 y de 1 de diciembre de 1999 a 31 de enero de 2000, del 11 de febrero de 2000 a 10 de junio de 2000 y desde 27 junio de 2000 hasta la fecha de emisión de dicho certificado en 2007.

OCTAVO.- En el año 2001 se firmó un convenio de cooperación de la Consejería de asuntos sociales de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Estepona para desarrollar los servicios sociales comunitarios.

El 27 de abril de 2011 en ejecución de dicho convenio se prevé la dotación presupuestaria para esa anualidad que en el caso de Estepona era de 417.975,83 euros de los que 343.415,87 euros correspondían a la Consejería y el resto al Ministerio de Sanidad. Por el Ayuntamiento se certifica el 27 de abril de 2011 la existencia de crédito de 519.554,43 euros para dicho plan concertado.

En el 2012 la dotación de dicho plan 384.036,19 euros de los que 343.415,87 euros eran a cargo de la Consejería y el resto del Ministerio.

NOVENO.- El Ayuntamiento de Estepona tramita ERE NUM000 , que finaliza sin acuerdo y en el que se adopta el despido de 176 trabajadores por causas económicas y organizativas aprobando los criterios de selección y quedando incluidos la actora. Dicho ERE finalizó sin acuerdo.

DECIMO.- El 30 de julio de 2012 se entrega a la actora carta de despido derivado de aquel despido colectivo que por su extensión se da por reproducido.

En concreto y en referencia a la actora se indica como causa que se acuerda la amortización de 8 de los 19 trabajadores sociales en función de criterio de menor antigüedad, así como la próxima desaparición del programa de apoyo a la inmigración.



UNDECIMO.- Impugnado el despido colectivo recayó finalmente sentencia de TSJ Andalucía sede en Málaga de 30 de septiembre de 2015 que desestimó las demandas acumuladas presentadas por CCOO, comité de empresa del Ayuntamiento de Estepona, CSIF, y se ha adherido UGT, frente al Ayuntamiento de Estepona, en las que ha tenido intervención Ministerio Fiscal, declaramos ajustada a derecho la decisión extintiva de la relación laboral de 176 trabajadores, impugnada en la demanda, y absolvemos al Ayuntamiento demandado de las pretensiones deducidas en su contra en esas demandas, sin perjuicio de la posibilidad de que los trabajadores afectados puedan impugnar individualmente la extinción de su contrato de trabajo.

DECIMO SEGUNDO.- Recurrida en casación se dictó sentencia por el Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2016 que desestimó los recursos de casación interpuestos contra la sentencia del TSJA, antes referida que se dan por reproducidas.

DECIMO TERCERO.- Entre los criterios de selección del ERE, constan:

El criterio 1º se han acordado las necesidades en materia de personal para atender los servicios encomendados a cada área municipal de una manera eficaz y eficiente.

Criterio 3º, una vez unificados por categoría profesional se ha ordenado por orden cronológico de ingreso, independientemente de que el mismo se produjese en el Ayuntamiento o en las Sociedades Mercantiles Locales en que comenzaron a prestar servicios.

Criterio 4º, a partir de aquí se ha procedido a la elección de los trabajadores afectados siguiendo un criterio de menor antigüedad dentro de cada categoría en aquellos servicios, departamentos o áreas que continuaran existiendo sin perjuicio de otros criterios para servicios departamentos o áreas concretas que más tarde se explicarán.

DECIMO CUARTO.- Cuando se inicia el ERE NUM000, el inicio del periodo de consulta ya aportaba el listado de 176 trabajadores nominativos como afectados con categoría, antigüedad y salario. Se envió una circular a todos ellos para que pudieran efectuar alegaciones. Y específicamente ante la posibilidad de que pudiera haber error en la antigüedad por el tiempo de prestación de servicios en sociedades municipales se les pedía se aportaran vida laboral. Esta audiencia fue motivo de impugnación del despido colectivo al entenderse que afectó al periodo de consultas porque condicionó la imposibilidad de un acuerdo entre los trabajadores al saberse quien iba a ser afectado, desestimándose dicho motivo por ser signo de transparencia^A (FD 10º STSJ 30 septiembre 2015).

En el periodo de consultas en la reunión de 20 de junio de 2012 se explica el contenido y finalidad de dicha audiencia cuestionándose dónde iban a resolver las alegaciones al listado y respondiendo Sr. Luis Andrés que "La circular obedece a la confusión de los empleados a raíz de una reciente sentencia entre antigüedad y reconocimiento de servicios previos así como poder contestar a las alegaciones razonadamente, también recuerda que el hecho de publicar tanto los criterios como el listado nominativo previo es un ejercicio de transparencia...se han hecho alegaciones a la misma sin apoyarse en documentos por eso ha sido pedir la vida laboral y se ha hecho a todos los afectados porque si se hubiese incluido a alguien incorrectamente se deberá valorar a efectos de exclusión o inclusión". La sra. Ariadna hace notar que "están llegando bastantes alegaciones y se curaban en salud pidiendo a todos el informe de vida laboral", F.4 del Acta.

Al finalizar la reunión de 3 de julio preguntado por las alegaciones contesta el Sr. Luis Andrés "antes del sábado tendrá la respuesta pero que no afectará a más de cinco o seis trabajadores y que se darán a conocer a la comisión"(F.6 del Acta).

La actora en trámite de audiencia individual durante el ERE presenta escrito el 12 de junio de 2012 en el Ayuntamiento señalando haber tenido conocimiento de su inclusión como afectada y alegando tener antigüedad de 17 años y superado el concurso oposición.

DECIMO QUINTO.- Los apartados 1 y 2 del artículo 26, cuyo epígrafe es "Garantías en el empleo", del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Estepona, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga el 13 de noviembre de 2008, dicen así: 1. En caso de ser declarado un despido improcedente, el/la trabajador/a tendrá derecho a elegir entre la indemnización legal o la readmisión. 2. Si el despido fuese por causas fundamentadas en los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, el mismo será considerado nulo, procediéndose a la readmisión.

DECIMO SEXTO.- Figura agotada la vía administrativa previa, el 14 de agosto de 2012.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante y codemandada "Ayuntamiento de Estepona", 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 DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante D^a Teodora , prestaba servicios laborales para el demandado AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA, siendo que en el devenir de tal relación laboral, y en fecha 30.07.2012, se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo por causa de despido colectivo por causas objetivas adoptado por la entidad empleadora indicada.

Impugnada la regularidad y acomodo legal de tal decisión, la sentencia recurrida desestimó la demanda por despido interpuesta, declarando al mismo como procedente, alzándose frente a la misma ambas partes contendientes, y en ello: 1.- por un lado, la actora, que si bien formula el suplico de su recurso de una manera difícilmente comprensible, podríamos racionalmente entrever que lo que en esencia parece peticionar no es otra cosa que el que sea revocada la sentencia de instancia y con ello declarada la nulidad o improcedencia de su despido, con las consecuencias legales a ello anejas; 2.- y por otro lado la entidad demandada, que en relación al contenido y alcance del artículo 26 del Convenio de aplicación viene a peticionar de la Sala el que se dé una determinada interpretación al contenido del mismo y con ello de las consecuencias derivadas de la improcedencia reclamada del despido enjuiciado.

SEGUNDO.- Dicho lo que precede, y siguiendo un orden lógico en la resolución de la controversia que ahora nos ocupa, hemos de comenzar examinando el recurso de suplicación articulado por la actora en el que inicialmente, y a través de cuatro motivos articulados con sustento adjetivo en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, solicita la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia, en concreto la modificación del contenido de los hechos probados 1º, 3º, 5º y 10º de la sentencia, a fin de que los mismos pasen a contener los datos y menciones que figuran en la redacción alternativa propuesta.

La doctrina jurisprudencial es inequívoca (STS 05.10.2010, 10.12.2009 y 05.11.2008 entre otras muchas) respecto del error en la apreciación de la prueba, señalando que "...para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia...".

Y aplicando tales presupuestos al supuesto que nos ocupa, habremos de llegar a las siguientes pronunciamientos:

1.- por lo que respecta a la modificación del contenido del hecho probado primero, y por lo que a la antigüedad laboral de la actora a efectos del despido se refiere, habrá de ser acogida la solicitud de la misma cuando, en los términos que en adelante expondremos con mayor detalle, de los documentos invocados y del propio contenido de los inalterados hechos probados 2º y 13º la antigüedad laboral de la misma a los efectos del despido enjuiciado habrá de remontarse al día 19.06.1995, motivo éste por el que el hecho probado en cuestión habrá de quedar redactado como sigue: "D^a Teodora trabaja para el AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA con una antigüedad computable a efectos de despido de 19.06.1995, realizando desde el inicio funciones de trabajadora social, y con un salario a efectos de despido de 2.922,36 euros mensuales".

2.- en cuanto a la modificación del contenido del hecho tercero, la misma no podrá tener favorable acogida por cuanto de las alegaciones y redacción alternativa propuesta por la demandante de ningún modo cabe siquiera inferir el haber concurrido el denunciado error del Juzgador al tiempo de valorar la prueba aportada, en concreto el contenido del organigrama que el mismo refiere.

3.- en tercer término, y por lo que atañe a la modificación del contenido del hecho quinto, parece evidente que la misma no podrá ser acogida cuando gran parte de las menciones que se tratan de adicionar ni pueden extraerse -mucho menos de manera directa e indubitada- de los documentos que cita, ni por otro lado ostentan la relevancia pretendida a los efectos resolutivos del presente procedimiento, en el cual lo realmente relevante no es otra cosa que determinar si conforme a los criterios de selección aprobados en el ERE la demandante había o no de ver extinguido su contrato, y tales criterios no son otros que la antigüedad laboral en la categoría de trabajadora social, y no la forma de acceso a su puesto -por concurso oposición o no- ni el concreto área o departamento en que estaba ubicada.

4.- y finalmente, por lo que atañe a la propuesta de modificación del hecho probado décimo, tampoco podrá merecer favorable acogida por causa de carecer por completo de relevancia alguna a los efectos modificativos del fallo judicial aquí impugnado la referencia que trata de incluir la actora, relativa los motivos por los que el Ayuntamiento demandado se opuso a la demanda articulada de contrario. Junto a ello, parece evidente que la mención que trata de adicionarse no podría acreditarse de otro modo que mediante el archivo de grabación



de la vista oral del proceso, el que de manera palmaria carece del carácter documental exigido en el artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social para sustentar un motivo de recurso como el que ahora nos ocupa.

TERCERO.- A continuación, se articulan por la recurrente otros tres motivos destinados al examen crítico de las normas, con adecuado amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, denunciando en los dos primeros mediar en la sentencia dictada infracción de los artículos 53.1.a), 53.1.b), 53.4, 55.3 y 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Social. Y

A través de ambos motivos viene la actora a mostrar su contrariedad con la antigüedad laboral a efectos de despido indicada por la empresa demandada y avalada en la sentencia recurrida, indicando que a la vista de los documentos de autos la misma ha de remontarse al día 19.06.1995, de lo que correlativamente resulta: 1.- por una parte, el error empresarial al tiempo de cuantificar y poner a disposición la indemnización extintiva; 2.- y por otro, la existencia en el Ayuntamiento de otros trabajadores sociales de menor antigüedad, que por ello preferentemente habrían de haber sido llamados con preferencia a la demandante para ver extinguido su contrato, todo lo cual ha de conllevar la nulidad o improcedencia del despido impugnado en aplicación del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores.

En sustento de este motivo la recurrente viene a incidir en que con anterioridad al 01.12.1999, fecha a la que la sentencia remonta su antigüedad a estos efectos y en la que entiende comenzó la demandante a prestar servicios para el Ayuntamiento demandado, vino ininterrumpidamente prestando servicios para el mismo por mor de otros dos contratos temporales, uno primero para el propio Ayuntamiento y uno segundo para la sociedad municipal dependiente del mismo SERVICIOS ESTEPONA XXI S.L.

Y lo cierto es que tal censura jurídica habrá de ser compartida por la Sala, cuando a la vista de los propios criterios de selección de los trabajadores a que alude el inalterado hecho probado 13º pocas dudas podemos albergar en relación a la concurrencia del error de planteamiento en que incurre la resolución hoy recurrida. Al efecto, si bien la sentencia de instancia -fundamento de derecho cuarto- viene a resolver la problemática atinente a la antigüedad laboral de la demandante en base al contenido del artículo 11 del Convenio de aplicación y a diversos pronunciamientos judiciales que vienen a disociar la antigüedad laboral a efectos de trienios y de despido, lo cierto es que con tal posicionamiento se obvia lo que son los criterios de selección de trabajadores pactados en el ERE tramitado y avalados en la sentencia previamente dictada por esta misma Sala, con arreglo a los cuales -criterio 3º- una vez unificados los trabajadores por categoría profesional se ordenan por orden cronológico de ingreso "...independientemente de que el mismo se produjese en el Ayuntamiento o en las Sociedades Mercantiles Locales en que comenzaron a prestar servicios...", siendo que acto seguido y a partir de aquí -criterio 4º- se ha de proceder "...a la elección de los trabajadores afectados siguiendo el criterio de menor antigüedad dentro de cada categoría...".

Por lo tanto, muy al contrario de lo pretendido por la sentencia de instancia, la antigüedad laboral a tener en cuenta a fin de determinar si la hoy demandante ha de ser incluida o no en el ERE tramitado y para el cómputo de la indemnización extintiva a serle abonada se ha de fijar con absoluta independencia de que el ingreso o la prestación de servicios se haya llevado a cabo en el propio Ayuntamiento demandado o en cualquiera de sus Sociedades Mercantiles Locales. En nuestro caso, consta probado el que la demandante comenzó a prestar servicios para el Ayuntamiento demandado el 19.06.1995 y desde entonces, aun con mínimos períodos de inactividad de ínfima duración, ha mantenido uniformemente tal vinculación laboral hasta la fecha de su despido, desplegando sus mismas funciones de trabajadora social, en gran medida directamente para el Ayuntamiento, y en dos ocasiones para dos de sus empresas municipales, así del 21.06.1996 al 31.10.1999 para SERVICIOS ESTEPONA XXI S.L. y del 12.06.2000 al 26.06.2000 para SERVICIOS MUNICIPALES ESTEPONA.

La consecuencia de lo anteriormente expuesto es clara: no solamente la demandante fue preterida en el orden de permanencia en su puesto con flagrante vulneración de los criterios de selección aprobados en el seno del ERE tramitado, sino que más allá, la indemnización extintiva que le fue puesta a disposición era notoriamente insuficiente, incurriendo además en ello la empleadora demandada en un claro error inexcusable al amparo de lo que es reiterada doctrina jurisprudencial ante supuestos sustancialmente idénticos al presente, contenida entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo de 15.04.2011 y 23.12.2011.

Consecuencia de lo anterior, el despido habrá de ser catalogado como improcedente, con los efectos y consecuencias que se expondrán a continuación. En relación a éste aspecto, si bien la parte recurrente parece reclamar la nulidad de su despido tanto por lo anteriormente examinado como por aplicación del artículo 26 del Convenio de aplicación, lo cierto es que la jurisprudencia en la materia - sentencia del Tribunal Supremo de 14.06.2017- viene a indicar que la declaración de nulidad del despido viene en exclusiva referida a los supuestos que contempla la norma, y con ello a los casos de vulneración de la prioridad de permanencia, que no a casos como el presente en que existe un mero error empresarial en relación al cómputo de la antigüedad



laboral de un trabajador y con ello una posposición en el orden de selección aprobado y la puesta a disposición de una suma indemnizatoria inferior a la debida.

CUARTO.- Y finalmente, y a través de un último motivo destinado al examen crítico de las normas, se denuncia por la recurrente que la sentencia de instancia incurre en vulneración del contenido de la Disposición Adicional 16ª del vigente Estatuto de los Trabajadores.

Ello no obstante en desestimación de este motivo pocos condicionantes se revelan precisos, cuando la mención contenida en la Disposición Adicional 20ª del anterior Estatuto de los Trabajadores cuya aplicación ahora postula fue introducida por la Ley 3/2012, cuya entrada en vigor tuvo lugar tras el inicio del ERE tramitado por el Ayuntamiento, siendo por ello inaplicable al mismo.

Y por todo lo anteriormente expuesto, y a modo de colofón, el recurso de suplicación articulado por la demandante habrá de ser parcialmente acogido, a los efectos de revocar la sentencia recurrida y declarar con ello la improcedencia del despido enjuiciado con las consecuencias legales de ello derivadas y que vienen contempladas en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, con arreglo al cual procede condenar al Ayuntamiento demandado a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución opte entre la readmisión de la trabajadora demandante en su puesto o la extinción de su contrato de trabajo con abono de una indemnización de 71.861,31 euros, con abono en el primer caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido bien hasta la notificación de esta sentencia o bien hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior.

QUINTO.- Tras ello, entrando ya en la resolución del recurso articulado por el Ayuntamiento demandado, en el mismo se articula un único motivo de recurso, al amparo del artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, en cuyo seno se denuncia como vulnerados por la sentencia recurrida el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 124.13.b).3ª de la Ley de la Jurisdicción Social, y el artículo 26.2 del Convenio colectivo de aplicación.

En desarrollo de este motivo, y no obstante resaltar el que la sentencia recurrida ha sido acorde a los pedimentos obstativos de la parte demandada, indica la entidad recurrente que al tiempo de valorar el contenido y alcance del artículo 26.2 del Convenio viene en su fundamento de derecho sexto a incluir una serie de menciones que claramente son contrarias a sus intereses. Y ante ello, y aun cuando podría perfectamente entenderse que dichos alegatos impugnatorios de la demandada más bien habrían de encauzarse a través de los motivos de oposición subsidiarios a que alude el artículo 197 de la Ley de la Jurisdicción Social, máxime cuando la entidad recurrente articula el motivo de censura jurídica que ahora nos ocupa no ya porque se vea perjudicada por pronunciamiento alguno de la sentencia recurrida, sino exclusivamente para el caso de que pudiera ser estimado el recurso de la contraparte y con ello declarada la improcedencia de la decisión extintiva, lo cierto es que en la actualidad, y a la vista de los amplios términos contenidos en el artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tiempo de abordar la regulación de la legitimación para recurrir, ha de admitirse la legitimación de la entidad demandada para esgrimir por vía de recurso la acción impugnatoria que ahora nos ocupa, a todos los efectos prevenidos en el artículo 202 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Dicho lo que precede, y sin perjuicio de mostrar nuestra perplejidad ante la dicción literal del artículo 26.2 del Convenio de aplicación, cuando como muy acertadamente recalca la entidad recurrente la declaración de nulidad de un despido por causas objetivas viene reservada legalmente a los casos contemplados en los artículos 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y 124.11 de la Ley de la Jurisdicción Social -significativo es el término "únicamente" que emplea éste último precepto-, lo cierto es que en la resolución del motivo que ahora nos ocupa habremos de estar a lo que recientemente hemos establecido en nuestra sentencia de 22.11.2017 al tiempo de resolver idéntica controversia a la ahora planteada por la misma recurrente, y con ello dejar sin efecto en su integridad y suprimir los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia recurrida sobre este concreto particular impugnado.

Para ello, hemos de entender que la sentencia recurrida resuelve el contenido y alcance del artículo 26.2 del Convenio no solo de una manera absolutamente errática, sino ante todo indebida e innecesaria, cuando las menciones al efecto incluidas en la fundamentación jurídica de la sentencia carecían del más mínimo recorrido y alcance práctico cuando en el caso que examinaba previamente había declarado la procedencia de la decisión extintiva, con lo que resultaba completamente ocioso e injustificado el proceder a valorar las consecuencias que se hubieran hipotéticamente derivado si la decisión se hubiera catalogado como improcedente. No bastante con ello, la sentencia recurrida se aparta además en este punto de los parámetros de congruencia del procedimiento, cuando el propio fundamento de derecho primero de la sentencia, al tiempo de detallar los parámetros de la contienda judicial planteada, es claro al tiempo de citar en último lugar en exclusiva el relativo a la titularidad de la opción para el caso de despido improcedente según art 26 del Convenio, que no el de la catalogación del despido enjuiciado.



Por lo demás, tal y como resalta la doctrina judicial, una cosa son los argumentos y razones jurídicas invocadas en la sentencia en apoyo de la decisión contenida en su fallo -esto es, la ratio decidendi-, y otra las meras consideraciones secundarias u observaciones complementarias emitidas en la misma, que no sirven para sustentar el fallo emitido y consecuentemente carecen de alcance jurídico vinculante alguno, y que por ello reciben el nombre de obiter dicta -"dicho sea de paso" en castellano-. En nuestro caso claramente las menciones atinentes al alcance del artículo 26 del Convenio resultan completamente inhábiles para sustentar el fallo judicial emitido desestimatorio de la demanda, careciendo por ello incluso del mero alcance vinculante y/o prejudicial que parece otorgarles la demandada, pese a lo cual procede el que se vean por completo suprimidas por exceder por completo de los términos de la controversia planteada y de los concretos argumentos y razones que se revelan precisas para fundamentar el fallo judicial emitido.

Consecuentemente, procede en este punto acoger el recurso de suplicación articulado por la entidad demandada a los efectos anteriormente indicados, con los efectos de ello derivados.

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

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de suplicación formulado por D^a Teodora y por el AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la sentencia del Juzgado de lo Social número Siete de Málaga de fecha 31.07.2017, dictada en sus autos nº 865/2012, a los siguientes efectos:

- 1.- por una parte, para declarar la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante en fecha 31.07.2012, condenando consecuentemente al Ayuntamiento demandado a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución opte entre la readmisión de la trabajadora demandante en su puesto o la extinción de su contrato de trabajo con abono de una indemnización de 71.861,31 euros, con abono en el primer caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido bien hasta la notificación de esta sentencia o bien hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior.
- 2.- y por otro lado, para dejar sin efecto y suprimir en su integridad los razonamientos jurídicos contenidos en el fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida sobre el alcance del artículo 26.2 del convenio de aplicación.

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 4^a del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Indíquese a la entidad demandada que en caso de recurrir habrá de consignar la suma de 600 euros, y la cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena. Tal consignación podrá efectuarse:

- 1.- en caso de ingresos en efectivo, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social -cuenta nº 2928-0000-66-número de procedimiento (0000/00)-;
- 2.- y para el caso de ingresos por transferencia, habrá de tener lugar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico), o IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). Para éste último caso de ingreso por transferencia, habrá de hacer 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, la cuenta número 2928-0000-66- número de procedimiento (0000/00)-.

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.