



Roj: **STSJ AND 10570/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:10570**

Id Cendoj: **41091340012018102363**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2018**

Nº de Recurso: **3323/2017**

Nº de Resolución: **2671/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3323/17-C, sentencia nº 2671/18

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> ELENA DÍAZ ALONSO**

**D<sup>a</sup>. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

**D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a veintisiete de Septiembre de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 2671/18**

En el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>o</sup>. Maximiliano , representado por el Graduado Social D. Rafael López Álvarez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla en sus autos núm. 0739/15; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra el AYUNTAMIENTO DE LORA DEL RIO, en demanda de despido, se celebró el juicio y el 29 de junio de 2016 se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión declarando el despido improcedente, condenando al organismo demandado a optar bien por la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que tenía antes del despido y con el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del cese hasta la efectiva readmisión o bien al pago de la indemnización de 2.657,66 euros.

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

"PRIMERO: El actor, D<sup>o</sup>. Maximiliano , con D.N.I. NUM000 , desde el 5 de Noviembre de 2013 ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Lora del Río, con la categoría profesional de electricista, con un salario diario a efectos de despido de 53,69 euros,

El iter contractual del actor ha sido el siguiente:



Contrato de trabajo de eventual por circunstancias de la producción desde el 05/11/13 hasta el 30/11/13.

Contrato de trabajo de eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo desde el 07/02/14 hasta el 07/03/14, que fue prorrogado desde el 08/03/14 hasta el 31/03/14.

Contrato de interinidad a tiempo completo desde el 01/04/14 hasta cobertura de la plaza.

Según resulta todo ello del informe de vida laboral del actor, obrante al ramo de prueba de la actora como Documento N.º. 2; contratos de trabajo aportados por el actor y la demandada en sus respectivos ramos de prueba.

La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Lora del Río.

SEGUNDO: Por Decreto de Alcaldía de fecha 21 de abril de 2014, se convocaron por el Ayuntamiento demandado, mediante concurso-oposición como personal laboral temporal 18 plazas de la plantilla personal laboral de dicho Ayuntamiento, -entre ellas la que ocupaba el actor-, al objeto de cubrir temporalmente los puestos de trabajo durante el proceso de selección de la cobertura definitiva.

Por Resolución de Alcaldía de fecha 11 de Julio de 2014, se acuerda la aprobación de la convocatoria para la cobertura, aprobar las bases de dicha convocatoria, y la publicación del anuncio de la convocatoria y de las bases de la misma. Se dan por reproducidas las bases de la convocatoria que constan en las actuaciones.

TERCERO: El Ayuntamiento demandado comunicó al actor, mediante comunicación fechada el 8 de Mayo de 2015, la extinción de la relación laboral con fecha de efectos 22 de Mayo de 2014, cuyo contenido literal es el siguiente:

"Por la presente, le comunicamos la extinción de la relación laboral que mantenemos con Usted desde el día 07 de febrero 2014, mediante contrato de trabajo de duración determinada de interinidad, siendo el objeto de dicho contrato la cobertura temporal del puesto de trabajo de electricista, destinado al área de Urbanismo de esta entidad.

Mediante decreto de alcaldía 342/2014, de 21 de abril de 2014, se aprobaron las bases de la convocatoria para la cobertura mediante personal laboral temporal, de dos puestos de oficiales de primera de electricidad, adscrito al servicio de Urbanismo. La duración del presente contrato queda sujeta al tiempo que dure dicho proceso de selección, según lo establecido en el artículo 4.2 b) del Real Decreto, 2720/1998 de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

La empresa, conforme a lo establecido en el arto 8.3. del Real-Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre, procede a notificarle la terminación de dicho contrato con una antelación de 15 naturales. Habiéndose publicado al día de hoy, el anuncio de alcaldía de las calificaciones finales del procedimiento de selección para la contratación temporal de concurso-oposición adscrito al área de Urbanismo en el que se determina la persona seleccionada para cubrir dicho puesto.

Le ponemos en su conocimiento, y para que así conste a todos los efectos, que su último día de trabajo en esta entidad será el próximo día 22 DE MAYO DE 2015."

CUARTO: Además de al actor, el Ayuntamiento de Lora del Río, como consecuencia de dicho concurso oposición, ha despedido a otro electricista, un peón de construcción, un peón pintor, un conductor de retroexcavadora y dos jardineros (documentos núms. 12 y 13 aportados en el ramo de prueba de la actora), que se dan por reproducidos. Tras estas extinciones se suscribieron contratos con las personas que superaron el proceso productivo.

QUINTO: El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

SEXTO: La parte actora interpuso reclamación previa el día 9 de Junio de 2015, no constando resolución de la misma, por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

**TERCERO.-** El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarado improcedente con las consecuencias legales de las que se hace responsable al Ayuntamiento de Lora del Río, se alza el demandante por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, el 2º, el 3º, el 4º como la adición de dos mas; como la infracción de los arts. 51 y 52 c) ET, art. 37 del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de



despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, arts. 122.2 y 124 LRJS; arts. 96 y 181.2 LRJS; art. 14 CE, art. 17.1 y 4.2.c) ET, art. 35 CE, art. 3.5 ET, arts. 8.11, 12, 13.4 y 15.4 LISOS; art. 183 LRJS.

**SEGUNDO.-** El recurrente pretende revisar los hechos probados del siguiente modo:

1. El segundo para que se adicione que se acuerda aprobar convocatoria para la cobertura un total de 18 plazas precisando las fechas de los decretos

Revisión que no aceptamos por ser reiterativa y que en nada afecta al fondo.

2. El tercero para que se corrija un número que nada añade y es un error material.

3. El cuarto con el fin de aclarar dicho HP 4º adicionando los nombres de los trabajadores y la calificación del cese a lo que no se accede al ser conceptos jurídicos y no hechos lo pretendido adicionar. Amen de que de la redacción propuesta no se puede inferir umbral numérico alguno a efectos del art. 51 ET; por otra parte es un hecho nuevo del que nada se dijo en la demanda.

4. Se adicione un hecho que de por reproducido un informe del comité de empresa, a lo que no se accede por ser, eso, un informe, no hechos.

5. Se adicione el que la plantilla de personal indefinido está compuesta por 32 trabajadores según relación aportada por el Ayuntamiento, a lo se accede al no ser un hecho lo pretendido adicionar, sino la calificación jurídica de las relaciones laborales de otros trabajadores, amen de que de la redacción propuesta no se puede inferir umbral numérico alguno a efectos del art. 51 ET; por otra parte es un hecho nuevo del que nada se dijo en la demanda.

**TERCERO.-** El recurrente denuncia la infracción arts. 51 y 52 c) ET, art. 37 del Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, arts. 122.2 y 124 LRJS; arts. 96 y 181.2 LRJS; art. 14 CE, art. 17.1 y 4.2.c) ET, art. 35 CE, art. 3.5 ET artículos 8.11, 12, 13.4 y 15.4 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social con el argumento que se está ante un despido colectivo.

El motivo fracasa, en primer lugar por incumplir el art. 196 LRJS al ser la argumentación confusa, imprecisa y contradictoria; en segundo lugar si ya en la demanda lo único que se dice sobre lo ahora alegado es "pudiéramos estar ante una vulneración del art. 51 del ET" sin nada mas decir, sin reseñar datos que avalen la existencia de tal despido colectivo, como el numero de trabajadores afectados, período a tener en cuenta, causas de extinción llevadas a cabo, hipótesis facticas que solo al recurrente competen introducir en el juicio, para luego probarlas, el motivo vuelve a fracasar.

Además del modo en que se articula la revisión fáctica aboca a este motivo del recurso al fracaso: la petición del despido nulo no podrá nunca prosperar al figurar que sólo fueron despedidos 6 trabajadores el mismo día del cese del actor, pues si el número de trabajadores del Ayuntamiento es de 210, y con el sólo cesaron 6 en la misma fecha -no 17, que en modo alguno se infiere de los documentos-, no se han superado los umbrales numéricos que establece el art. 51 ET para que proceda un despido colectivo, que exigiría que al menos se hubieran producido 10 extinciones del contrato, sin que podamos tener en cuenta todas las contrataciones ofertadas por el Ayuntamiento, ya que ni se saben las fechas del cese de los demás trabajadores, ni si esas plazas han sido adjudicadas efectivamente.

En fin, el que la relación laboral era indefinida no fija, ya es declarado en la sentencia y por ello calificado el cese de despido improcedente.

**CUARTO.-** Reitera la recurrente la infracción de los arts. 96 y 181.2 LRJS; art. 14 CE, art. 17.1 y 4.2.c) ET, art. 35 CE, art. 3.5 ET.

Reiteramos lo ya dicho en precedentes SSTSJJA Sevilla nº STSJJA Sevilla nº 1281/17 de 27 de abril, rec 1791/16, para desestimar el motivo del recurso.

Respecto a la pretensión de nulidad del despido por vulneración del derecho al trabajo y que se le conceda una indemnización complementaria - art. 183 LRJS que se denuncia es infringido-, fracasa ya que el derecho al trabajo regulado en el art. 35 CE, aunque es un derecho reconocido a todos los españoles no es un derecho fundamental, pues estos derechos están regulados en la Sección 1ª, del Capítulo II de la Constitución Española, mientras que el derecho al trabajo se contempla en la Sección 2ª que goza de una menor protección que los derechos fundamentales.

Respecto a la alegación de vulneración de la garantía de indemnidad - art. 24 CE-, también fracasa ya que el actor no ha aportado indicio alguno de que su despido tuviera como móvil una represalia por sus ideas políticas.



La garantía de indemnidad interpretada por la STC 16/2006, con doctrina que es citada en las SSTC 120/2006, 138/2006 y 168/2006 fijando que "la transgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza .../... En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo ( artículo 24.1 Constitución Española y artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores), .../.... La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del artículo 5 c) del Convenio nº 158 de la OIT .../... En este sentido cabe citar también la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1.998, la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207 CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales."

Igualmente y respecto a la carga de la prueba en los procesos en los que se alega la vulneración de la garantía de indemnidad la STC 92/2009 declara que: "También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales .../..." doctrina que es seguida por el Tribunal Supremo que en STS nº 345/2016 de fecha 27 abril (RJ 2016\2683).

En este caso no se ha aportado por el recurrente indicio alguno de que el despido acordado por el Ayuntamiento el día 22 de mayo de 2.015, fuera una una represalia por su ideología política o la del partido gobernante en el Ayuntamiento, ya que no existe dato alguno en los hechos referente a esta cuestión, ni se ha pretendido introducir por vía de la revisión fáctica de la sentencia.

Tampoco consta la existencia de discriminación por el sólo hecho de que se eligiera su plaza para ser ofertada en el concurso, ya que el Ayuntamiento como empresario tiene libertad para organizar el personal a su servicio.

Su cese estuvo motivado por un proceso selectivo convocado por la Alcaldía en el que estaba incluida su plaza, acordando su cese por cobertura de la vacante, decisión que fue calificada como improcedente por la sentencia de instancia, no sólo porque la sucesión fraudulenta de contratos temporales desde el año 2.013 hasta 2.015 determinaba el carácter indefinido no fijo de su contratación, sino porque el cese estuvo motivado por la cobertura de la plaza mediante otro contrato temporal, lo que no constituye una causa de cese en la relación laboral indefinida, que sí podría haber finalizado válidamente si la plaza fuera ocupada por un trabajador fijo de plantilla.

Falta de vulneración de los derechos fundamentales que nos conduce a la desestimación del siguiente motivo de recurso en el que solicita una indemnización adicional por los daños morales derivados de la vulneración de los derechos fundamentales, que no se ha producido, y a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por Dº. Maximiliano , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla en sus autos núm. 0739/15, en los que el recurrente fue demandante



contra el AYUNTAMIENTO DE LORA DEL RIO, en demanda de despido, y como consecuencia **confirmamos dicha 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, 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.

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".

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.