



Roj: **STSJ AND 17634/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:17634**

Id Cendoj: **41091340012016103237**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2016**

Nº de Recurso: **2503/2015**

Nº de Resolución: **179/2016**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANA MARIA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 2503/15 MG Sent. Núm. 179/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

**SEVILLA**

**ILMOS. SRES.:**

**DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO**

**DOÑA EVA MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ**

**DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA**

En Sevilla, a 21 de enero de 2016.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N° 179/2015**

En el recurso de suplicación interpuesto por Frutas Los Coínos S.L., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Sevilla, autos nº 445/14; ha sido Ponente la lltma. Sra. D<sup>a</sup> ANA MARÍA ORELLANA CANO, Magistrada Especialista del Orden Jurisdiccional Social.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Según consta en autos, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Juliana contra Frutas Los Coínos S.L., y D. Teodulfo , con intervención del Ministerio Fiscal y del Fondo de Garantía Salarial, sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 7/1/15, y auto aclaratorio el día 19/2/15, por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

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

"1º) La demandante Juliana , venía prestando sus servicios retribuidos para la demandada FRUTAS LOS COINOS, S.L. desde el antigüedad realizando funciones propias de empaquetadora, también denominada encajadora, encuadrada dentro de la categoría profesional de mozo, mediante sucesivos contratos temporales eventuales por circunstancias de la producción y a tiempo parcial del 50% de la jornada (20 horas semanales), que tuvieron las siguientes duraciones temporales:

-Del 11.04.2012 al 11.06.2012



- Del 12.06.2012 al 11.08.2012
- Del 12.08.2012 al 11.10.2012
- Del 12.10.2012 al 11.11.2012
- Del 12.11.2012 al 11.03.2013
- Del 12.03.2013 al 11.05.2013
- Del 12.05.2013 al 11.07.2013
- Del 12.07.2013 al 11.09.2013
- Del 17.10.2013 al 16.11.2013
- Del 18.12.2013 al 17.02.2014
- Del 18.02.2014 al 17.03.2014.

2º) La demandada abonaba a la trabajadora demandante, conforme a media jornada, la suma de 424,33 euros mensuales brutos.

3º) Realmente, la demandante realizaba una jornada a tiempo completo, de lunes a sábados.

4º) La demandante estaba a las órdenes de un encargado al que llaman "Sarcao", quien ha venido tratándola de manera despectiva, a voces, lanzándole las cajas donde tenía que empaquetar la fruta, asignándole las peores tareas y, como al resto de mujeres empleadas en la empresa, no dejándolas parar para desayunar, lo que sí permitía a los varones.

5º) Puestos los hechos en conocimiento del propietario de la empresa, éste comentó a las trabajadoras que Sarcao era su mano derecha y hacía lo que él le dijera.

6º) Tal situación provocó en la demandante una situación de ansiedad por la que tuvo que ser asistida en varias ocasiones en el centro de salud.

7º) El día 17.03.2014, la empresa dio por terminada la relación laboral alegando fin de contrato.

8º) La demandante no es ni ha sido representante legal de los trabajadores durante el año anterior al despido.

9º) Se presentó papeleta de conciliación el día 31.03.2014, que se celebró el día 22.04.2014 con el resultado de sin avenencia y presentó la demanda de despido el 10.04.2014."

**TERCERO** : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada Frutas Los Coínos S.L., que fue impugnado por la demandante.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** : La actora prestó servicios para la empresa demandada hasta el 17 de marzo de 2014, fecha en la que le fue comunicada la extinción de su último contrato temporal. La sentencia recurrida estima la demanda y declara el despido nulo. Con carácter previo, ha de resolverse sobre la aportación documental solicitada por la parte recurrente, consistente en la Sentencia de esta Sala dictada resolviendo el recurso de suplicación formulado por otra trabajadora de la misma empresa, despedida en análogas circunstancias. De conformidad con el artículo 233.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social "la Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos". En aplicación de esta norma, procede acceder a la aportación documental solicitada, ya que se trata de una sentencia o resolución judicial o administrativa que no se pudo aportar con anterioridad al proceso, al ser posterior. No obstante lo anterior, debe resaltarse que se solicita de la aportación de una sentencia de esta Sala de la que este Tribunal tiene conocimiento, sin necesidad de haber solicitado la aportación.



**SEGUNDO** : La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, la supresión de los hechos probados tercero a sexto de la sentencia recurrida. Efectivamente se aprecia un error en la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia, que basa lo referenciado en estos hechos probados, según los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, en la testigo perito que es la médico que ha atendido a la actora, que en el interrogatorio manifestó expresamente lo que le había contado la demandante, por lo que no ha tenido un conocimiento personal y directo de los hechos y en la prueba de interrogatorio de la compañera de trabajo también despedida, con pleito pendiente con la empresa. Además, en relación con el maltrato del encargado a la actora, el hecho probado cuarto es ambiguo y genérico, sin indicar fechas ni actos concretos, lo que produce indefensión a la empresa demandada. Por consiguiente, se suprimen los hechos probados tercero a sexto, según se extrae de la prueba documental en la que se funda.

**TERCERO** : La parte recurrente denuncia, como segundo motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción del Convenio Colectivo del sector de almacenistas y detallistas de alimentación, mayoristas y minoristas de la provincia de Sevilla para los años 2013 a 2016. Desfavorable acogida merece seguir este motivo de recurso, pues no ha quedado probado que la empresa se dedique al comercio al por mayor, sino que es una empresa minorista.

**CUARTO** : La parte recurrente denuncia, como tercer motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 180.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social. Se invoca que el despido no merece la calificación de despido nulo. El artículo 2.2 de la Directiva 76/207, en la redacción dada por la Directiva 2002/73 define el acoso y el acoso sexual, como la situación en que se produce un comportamiento no deseado con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo. Por su parte, de conformidad con el artículo 7.2 de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, constituye acoso por razón de sexo, cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Como ya ha declarado esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 17 de julio de 2008 (Recurso de suplicación 3404/2007) y de 6 de abril de 2008 (Recurso de suplicación 508/2007), para apreciar la existencia de acoso moral es preciso que concurren cuatro elementos. En primer lugar, el elemento material u objetivo, que lo constituye cualquier comportamiento relacionado con el trabajo por cuenta ajena. En segundo lugar, respecto del elemento temporal, ha de indicarse que un mero acto puntual, esporádico y aislado no constituye mobbing. Lo relevante es que se exige cierta habitualidad. En tercer lugar, ha de existir un elemento teleológico, es decir, que el comportamiento del acosador se realice con el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de la persona acosada y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Tiene que existir, por lo tanto, un elemento intencional. La conducta hostil de asedio desplegada no puede ser calificada de imprudente, ni fruto de la casualidad, sino que ha de ser intencionada y maliciosa. El acosador mantiene una conducta injustificada de persecución u hostigamiento, sistemático y planificado. Por lo tanto, no podrá ser considerado acoso, el ejercicio arbitrario del poder de dirección empresarial dirigido a obtener un mayor aprovechamiento de la mano de obra, mediante la imposición de condiciones de trabajo más favorables a los intereses del empleador, si con ello no se busca causar un daño al trabajador. Ni tampoco la tensión o el estrés generados en el trabajo o por el trabajo, sin más, puede calificarse de acoso. Y, en cuarto lugar, se distingue el elemento subjetivo, debiendo destacarse que cuando el sujeto activo del acoso tenga una posición superior, ya sea jerárquica o de hecho, a la de la persona acosada, estamos en presencia del denominado mobbing descendente o bossing. Pues bien, entrando en el análisis del caso de autos, ha de destacarse que no concurren los elementos expuestos para apreciar la existencia de acoso moral en la trabajadora demandante. No se ha producido un comportamiento doloso o intencionado del encargado de la empresa demandada con el propósito o que produzca el efecto de atentar contra la dignidad de la actora y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Por lo tanto, el despido no merece la calificación de nulo. Se estima este motivo de recurso.

**QUINTO** : La parte recurrente denuncia, como cuarto motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que reseña. La contratación por duración determinada tiene carácter excepcional en nuestro Derecho, donde prima la estabilidad en el empleo que se consigue mediante la contratación indefinida. El uso fraudulento de los contratos de duración determinada tiene como consecuencia la presunción de que estos contratos suscritos en fraude de ley son indefinidos, como expresamente prevé el artículo 9.3 del Real Decreto 2720/1998. En este sentido, debe resaltarse que el contrato eventual por circunstancias de la producción es un contrato temporal, permitido por la ley para hacer frente el empresario a circunstancias excepcionales de la producción. Por lo tanto, debe utilizarse para contratar a los trabajadores cuando se produzca una situación en la producción que tenga carácter coyuntural y, ésta es la causa de la temporalidad que integra la naturaleza del contrato de duración de terminada eventual. De este modo, si no se aprecia la necesidad coyuntural de la producción y, por lo tanto,



la causa de la temporalidad del contrato, habrá de colegirse que el contrato se ha efectuado en fraude de ley. En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 4220/2005. En el caso de autos, no han quedado acreditadas las circunstancias de la producción, que justifican la contratación temporal de la actora. De lo expuesto, se debe afirmar que la contratación eventual de la trabajadora carecía de la causa de la temporalidad y se llevaba a cabo por la empresa para eludir una contratación indefinida. Por consiguiente, la contratación de la demandante se presume indefinida, por aplicación del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 9.3 del Real Decreto 2720/1998, desde su inicio, es decir, desde el 12 de abril de 2012, debiendo considerarse la finalización del contrato temporal producida, un despido improcedente. La estimación del motivo anterior hace que huelgue el análisis del último motivo de recurso, esgrimido con carácter subsidiario. Procede, en consecuencia, con estimación parcial del recurso de suplicación, la revocación de la sentencia recurrida, que se deja sin efecto y, la estimación parcial de la demanda declarando el despido improcedente, condenado al empresario, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora, debiendo abonar una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la de la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; o el abono de una indemnización de 933,53 euros, en cuyo caso no se devengarán salarios de tramitación. Se ha calculado la indemnización computando el salario diario correspondiente a la jornada parcial y, a razón de 33 días de salario por año de servicio. En el mismo sentido, respecto de la otra trabajadora despedida se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 3 de junio de 2015, dictada en el recurso de suplicación 624/2015.

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por "Frutas Los Coínos S.L.", procede la revocación de la sentencia recurrida, que se deja sin efecto y, la estimación parcial de la demanda declarando el despido improcedente, condenado al empresario, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión de la trabajadora, debiendo abonar una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la de la notificación de esta sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación; o el abono de una indemnización de 933,53 euros, en cuyo caso no se devengarán salarios de tramitación.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, frente a esta sentencia, 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.-** Sevilla a

La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia para hacer constar que, una vez extendida la anterior **sentencia** y firmada por los Magistrados que la dictan, se procede a la publicación y depósito en la Oficina Judicial, en el día de la fecha; ordenándose su notificación y archivo y dándose publicidad en la forma permitida u ordenada en la Constitución y en las Leyes. Doy fe.